

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

UNE ÉTUDE
DE
LÉGISLATION COMPARÉE
SUR LE
TESTAMENT OLOGRAPHE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 27 Octobre 1909, à 3 heures

PAR

H. STERN

DOCTEUR EN DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG EN BADE (ALLEMAGNE)

Président : M. A. WAHL, professeur

Suffragants { *MM. AMBROISE COLIN, professeur*
MASSIGLI, professeur

PARIS (5^e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULIER

1909

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNE ÉTUDE
DE
LÉGISLATION COMPARÉE
SUR LE
TESTAMENT OLOGRAPHE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 27 Octobre 1909, à 3 heures

PAR

H. STERN

DOCTEUR EN DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FREIBURG IN BADEN (ALLEMAGNE)

Président : M. A. WAHL, professeur

Suffragants { *MM. AMBROISE COLIN, professeur*
MASSIGLI, professeur

PARIS (5°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1909



ABRÉVIATIONS

Les chiffres romains indiquent les numéros des volumes.

V = voir.

BGB = Deutsches bürgerliches Gesetzbuch (Cc. allemand).

CPO = Civilprozessordnung (Code de proced. civile allemand).

RG = Reichsgericht (Cour de cassation allemande).

RG suivi d'un chiffre romain = le numéro du volume de la collection des Arrêts du Reichsgericht dans les cas civiles (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen).

KG = Kammergericht (la Cour supérieure de Berlin).

OLG = Oberlandesgericht (Cour d'appel allemande).

OLG suivi d'un chiffre romain = le numéro du volume de la collection des Arrêts des Cours d'appel.

Codice civile = Codice civile italiano (Cc. italien).

S = Sirey.

Cas. = Cour de cassation.

Pas. = Pasicrisie belge.

M. = Monitore dei tribunali.

D. = Dalloz.

Rep. = Répertoire.

Recueil = Recueil général des anciennes lois françaises.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, Paris, 1856 ss.
Aguesseau (d'). — OEuvres, Paris, 1761.
Archives législatives de la ville de Rheims, publ. par Pierre Varrin, Paris, 1844.
Beugnot (comte). — Les Assises de Jérusalem, Paris, 1841.
Baudry-Lacantinerie et Colin. — Traité de droit civil, Paris, 1896.
Beaune. — Etude historique du droit coutumier français, Paris et Lyon, 1880 ss.
Behagel. — Das badische Landrecht.
Bouteiller. — La Somme rural, éd. Charondas le Caron, Lyon, 1621.
Brock. — Das eigenhändige Testament, Berlin, 1900.
Bouhier. — Les Coutumes du duché de Bourgogne, Dijon, 1789.
Bourjon (F.). — Les Coutumes de Paris, Paris, 1770.
Bourdote de Richebourg. — Nouveau Coutumier général, Paris, 1724.
Beaumanoir (Ph. de). — Les Coutumes de Beauvaisis, éd. A. Salmon, Paris, 1899.
Capitularia regum Francorum, Tomus I, ed. A. Boretius, Hannoverae, 1883, dans Monumenta Germaniae historica : Legum Sectio II.
Capitularia Regum Francorum, Tomus II, ed. A. Boretius et

- V. Krause, Hannoverae, 1897, dans *Monumenta Germaniae historica* : *Legum Sectio II.*
- Calmet (dom). — *Histoire de Lorraine*, Nancy, 1745.
- Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu, publ. par Maximin Deloche, Paris, 1859.
- Ciccaglione (F.). — *Manuale di Storia del diritto italiano*, Milano, 1901.
- Coin-Delisle. — *Commentaire du Code civil*, Paris, 1841.
- Corpus juris civilis, ed. Mommsen et Krueger, Berolini, 1870 ss.
- Conrat (M.). — *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im Mittelalter*, Leipzig, 1889 ff.
- Conrat (M.). — *Epitomae exactis regibus*, Berlin, 1884.
- Coquille (Guy). — *Les Coutumes de Nivernais*, publ. par Dupin, Paris, 1864.
- Cosack. — *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, Iéna, 1904.
- Dalloz. — *Dictionnaire général de Jurisprudence*, Paris, 1841, Supplément, 1834-1842.
- Das Recht (Revue juridique).
- Démolombe. *Cours de Code civil*, Paris, 1864.
- Dernburg (H.). — *Deutsches Erbrecht*, Halle, 1905.
- Deutsche Juristische Zeitschrift; Deutsche Juristen Zeitung.
- Devic (dom) et Vaisette (dom). — *Histoire de Languedoc*, Toulouse, 1872 ss.
- Duranton. — *Cours de droit civil français*.
- Endemann. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1899.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
- Entscheidungen der Oberlandesgerichte Deutschlands.
- Les Etablissements de Saint-Louis, publ. par P. Viollet, Paris, 1881 ss.
- Fontaines (P. de). — *Le Conseil*, éd. Marnier, Paris, 1846.
- Formulae Merovingici et Karolini aevi, éd. K. Zeumer. — *Hannoverae*, 1886, dans *Monumenta Germaniae historica*.
- Furgole. — *Traité des Testaments*, Paris, 1745.
- Ferrière (Claude de). — *Corps et Compilation sur la Coutume de Paris*, 2^e éd., Paris 1714.
- Gaupp-Stein. — *Kommentar der deutschen Civilprozessordnung*.
- Grenier. — *Traité des Testaments*, Clermont-Ferrand, 1826.

Gruchot's Zeitschrift.

Houard. — Dictionnaire de la Coutume de Normandie, Rouen, 1782.

Huber. — System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Basel, 1888.

Huc. — Commentaire du droit civil.

Ihering's Jahrbücher.

Jourdan, Decrusy, Isambert. — Recueil général des anciennes lois françaises, Paris, 1822 ss.

Klimrath. — Travaux sur l'histoire du droit français, Paris, 1843.

Kohler. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts dans Hölzendorff's Encyclopedie.

Laboulaye (E.) et Dareste (R.). — Le Grand Coutumier de France, Paris, 1868.

Laistre (J.-M. de). — Les Coutumes de Chaumont-en-Basigny, Paris, 1732.

Laurent. — Principes de droit civil, Paris, 1874.

Leges Burgundionum ed. L. R. de Salis, Hannoverae, 1892. — Tomi II, Pars I dans Monumenta Germaniae historica : Legum sectio I.

Lex Romana Burgundionum, ed. Aug. F. Barkow, Gryphiswaldiae, 1826.

Lex Romana Wisigothorum, ed. G. Haenel, Lipsiae, 1849.

Leges Visigothorum, ed. K. Zeumer, Hannoverae et Lipsiae, 1902. Tomus I dans Monumenta Germaniae historica : Legum sectio I.

Le Livre de Jostice et de Plet, publ. par Rapetti, Paris, 1850.

Les Olim, publ. par le comte Beugnot, Paris, 1839 ss.

Lomonaco. — Trattato del diritto civile, Milano, 1887.

Marcadé. — Explication du Code Napoléon, Paris, 1859.

Merlin. — Répertoire général de Jurisprudence, Paris, 1815 ss.

Monitore ufficiale dei Tribunali.

Montesquieu. — Esprit des Lois, Genève.

Motive zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Nani. — Storia del diritto civile italiano.

Pacifici-Mazzoni. — Trattato delle successioni, Firenze, 1879.

- Pardessus. — *Diplomata Chartae, Epistolae Leges ad Res Gallo-Francicas spectantia, Lutetia Parisiorum*, 1843.
- Pasicrisie Belge.
- Pertile. — *Storia del diritto privato italiano*, Padova, 1873 ss.
- Pfaff und Hofman. — *Kommentar zum oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, 1877.
- Planck. — *Kommentar zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. V. *Erbrecht* bearbeitet von Ritgen, Berlin, 1902.
- Pothier. — *Oeuvres complètes*, Paris, 1821.
- Protokolle zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (2^e Lesung).
- Revue trimestrielle de droit civil*.
- Ricard. — *Traité des donations et testaments*, Paris, 1685.
- Ricard (Jean-Marie). — *Les Coutumes du Bailliage d'Amiens*, Paris, 1722.
- Robert (Ulysse). — *Testaments de l'Officialité de Besançon*, Paris, 1902.
- Sagnac. — *La législation civile dans la Révolution française*, Paris, 1898.
- Saintespès-Lescot. — *Traité de droit civil*.
- Savigny. — *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1834.
- Schultze-Görlitz und Oberneck. — *Das preussische Gesetz der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Berlin, 1900.
- Sirey. — *Recueil général des Lois et Arrêts*, Paris, 1800 ss.
- Staudinger. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. V. *Erbrecht* erläutert von Herzfelder, München, 1906.
- Strohal. — *Deutsches Erbrecht*, Berlin, 1903.
- Tardiff (A.). — *Les Coutumes de Toulouse*, Paris, 1884.
- Thaumas de la Thäumassière. — *Nouveaux Commentaires sur les Coutumes de Berry*, Bourges, 1750.
- Theodosiani libri XVI, ed. Th. Mommsen, Berolini, 1905.
- Theodosiani libri XVI. Volumen II, ed. Th. Mommsen et P. Meyer, Berolini, 1905.
- Toullier. — *Le droit civil français*, Paris, 1821.
- Troplong. — *Traité des donations et testaments*, Paris, 1833 ss.
- Tuetey. — *Testaments enregistrés au Parlement de Paris sous le règne de Charles VI*.

- Unger. — System des österreichischen allgem. Privatrechts, Leipzig, 1876.
- Viолет. — Histoire du droit civil français, Paris, 1903.
- Vitali. — Trattato delle successioni.
- Wahl (A.), dans Revue trimestrielle de droit civil, 1903.
- Warnkönig und Stein. — Französische Staats-und Rechtsgeschichte, Basel, 1875.
- Weingarten (J.-J.). — Auszug der Königlichen Stadt-Recht im Erbkönigreich Böhme, Nürnberg, 1700.
- Windscheid. — Pandecten.
- Zeiller (v.). — Kommentar über das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreichischen Monarchie, Wien und Triest, 1812.

UNE ÉTUDE
DE
LÉGISLATION COMPARÉE
SUR LE
TESTAMENT OLOGRAPHE

CHAPITRE I (1)

L'HISTOIRE DU TESTAMENT OLOGRAPHE

L'étude de l'histoire du testament olographe présente un intérêt de premier ordre, non seulement au point de vue historique (qui a évidemment son importance, puisqu'il s'agit de rechercher et d'établir l'origine du testament olographe du droit coutumier, question très controversée dans la doctrine et très difficile à trancher à cause du petit nombre de sources qui nous sont connues sur la période du x^e au xv^e siècle), mais surtout en ce qui concerne le point de vue de *lege ferenda* et pour l'influence qu'elle peut exercer sur

(1) Ce premier chapitre a été extrait d'une thèse allemande de l'auteur « Eine historische Studie über das eigenhändige Testament ».

l'interprétation de l'institution du testament olographe actuel. Car la tendance qui ressort de l'histoire des testaments, qui se manifeste dès le droit romain et qui consiste dans une diminution croissante des solennités exigées pour la validité des différentes formes testamentaires ne peut passer inaperçue à la doctrine moderne. Elle peut nous convaincre, qu'une interprétation moins rigoureuse du texte actuel de la loi concernant le testament olographe ne peut être que salutaire et conforme aux principes qu'on a eu en vue dès le début de l'institution des testaments, et contribuera à répandre l'usage des testaments, tendance qui s'affirme de plus en plus dans les législations modernes.

Droit romain. — Dans le droit romain, les variétés de dispositions de dernière volonté qui ont été spécialement favorisées, abstraction faite des formes testamentaires employées seulement en dehors des circonstances ordinaires de la vie pratique, comme par exemple en temps de guerre, de peste, etc., furent les dispositions faites par les ascendants en faveur de leurs descendants. Plusieurs constitutions ont été élaborées dans ce but. Ainsi, une constitution des empereurs Dioclétien et Maximilien de l'an 293 (l. 16 C. familiæ eriscundæ, III, 36), ensuite la constitution de l'empereur Constantin de l'an 321 (publiée dans le Codex

Theodosianus, l. 1. 4. *familiæ herciscundæ*, II, 24, et un peu altérée dans le Codex Justinianus, l. 26, C. *familiæ erciscundæ*, III, 36), les constitutions de l'empereur Justinien, de l'an 439 (l. 21, § 3, C. de testamentis, VI, 23), et celle contenue dans la nouvelle 48, ch. 7 de Justinien. Tous ces textes décident, que les dispositions de dernière volonté faites par des ascendants en faveur de leurs descendants sont valables même alors qu'elles ne sont pas pourvues des solennités exigées ordinairement pour la validité d'un testament. Les catégories d'ascendants et de descendants qui pouvaient jouir de cette faveur, au début limitées en nombre furent augmentées successivement par les textes les plus récents. Pourtant, ces constitutions n'établissent pas dans le vrai sens du mot une forme spéciale pour les dispositions de dernière volonté faites en faveur des descendants. C'est seulement dans la Nouvelle 107 de Justinien que nous trouvons un véritable « *testamentum parentum inter liberos* ». Justinien après avoir expliqué dans l'introduction de la nouvelle que les obscurités des lois précédentes l'oblige d'établir dans cette nouvelle la forme du « *testamentum parentum inter liberos* » dit (Nov. 107, ch. 1) :

« Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes (quid enim sic proprium est legum sicut claritas; maxime super defunctorum dispositioni-

bus ?) volumus : si quis litteras sciens inter filios suos voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescribere tempus, deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad haec uncias in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistent ».

Dans ce texte, nous le voyons, Justinien exige, afin que tout soit clair et précis, que lorsque quelqu'un veut faire une disposition de dernière volonté en faveur de ses enfants, il doit y écrire en personne d'abord le temps, ensuite les noms des enfants et enfin en toutes lettres pour plus de précision les parts attribuées à chacun d'eux. Ces conditions remplies, cette disposition est valable, indépendamment même de la signature du testateur. Nous devons admettre que le contenu du testament ne devait pas être écrit en entier de la main du testateur, puisque la Novelle a pris le soin de spécifier les parties qui doivent être écrites par le testateur lui-même, car autrement elle aurait exigé que tout le testament soit écrit par le testateur en personne. La Novelle exige l'indication de la date, mais l'expression employée « primum quidem eius praescribere tempus » ne signifie que la date doit être apposée au commencement de l'écrit. Ni l'interprétation logique, ni l'interprétation étymologique ne nous permettent de

conclure dans ce sens. La date pouvait certainement être apposée même à la fin de l'écrit.

Le « testamentum parentum inter liberos » nous apparaît comme un type très remarquable de testament dépourvu des solennités ordinairement exigées, mais il ne concerne que les dispositions en faveur des descendants. Pourtant il y avait dans le droit romain une forme testamentaire analogue par laquelle on pouvait disposer en faveur de toute autre personne. C'est cette forme que de nombreux auteurs considèrent comme étant *l'origine du testament olographe actuel*. Elle a été réglée dans une Novelle de l'empereur Valentinien III, l'an 446. A quelle occasion la novelle a-t-elle été élaborée ? Nous le voyons dans le texte même : D'après une reproduction (Codex Theodosianus, ed. Haenel, Nov. Valentiniani III, n. XX, 2 ; Theodosiani libri XVI, Volumen II : Leges Novellæ ad Theodosianum pertinentes, ed. Mommsen et Meyer, Nov. Valent. III, Nov. XXI, 2), qui est considérée comme la plus exacte, la Novelle a été élaborée à cette occasion : Une dame distinguée, Micce, qui n'a pu rédiger un testament solennel, n'ayant pas à sa disposition le nombre nécessaire de témoins, avait écrit personnellement ses dispositions de dernière volonté en instituant héritière une certaine Pelagia et avait confié cet écrit à son neveu Caesario. Celui-

ci remit l'écrit à l'héritière désignée qui, par délicatesse, ne voulut pas accepter la succession avant que l'empereur l'y autorisât. L'empereur déclara ce testament valable et édicta une disposition admettant la validité de toute forme testamentaire semblable. D'après une autre reproduction du texte (ed. Sichard) l'élaboration de la Novelle aurait été occasionnée par le fait que l'empereur voulut favoriser l'héritier d'une certaine Pelagia en déclarant valable le testament par lequel celui-ci était institué héritier. La Novelle dit :

« Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura ingiter lege decernimus, ut quisquis per holografam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem. Late viam supremis aperimus arbitriis : si holografa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficiet heredi adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstraret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum quam nostrae praecipunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur ». (Valentiniani III Nov. XXI, 2, § 1, ed. Mommsen et Meyer).

Dans le texte de la Novelle on trouve aussi les prétendus arguments qui ont nécessité l'admis-

sion de cette forme testamentaire. Il y est dit qu'il arrive souvent qu'au moment de tester, spécialement dans des cas où un retard ne peut avoir lieu, on ne peut pas trouver les témoins requis pour la rédaction d'un testament solennel; de même il peut arriver qu'une personne soit empêchée par son entourage de tester dans la forme testamentaire solennelle, etc. Le texte (Val. III. Nov. XXI, 2, § 1) s'exprime ainsi :

« Multis enim casibus saepe contingit ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere quos voluerint non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui velut obsessos conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi ».

D'après la Novelle il suffit donc que le testament soit écrit personnellement sans qu'il soit signé ou daté et sans qu'il soit nécessaire de recourir à des témoins. Cette forme testamentaire marque le point extrême atteint par le droit romain, en ce qui concerne la simplification des solennités. Cette Novelle n'a pas été admise dans

le Codex de Justinien. Elle contenait une disposition qui était en trop grande contradiction avec l'habitude séculaire des Romains d'user de certaines solennités lorsqu'il s'agissait des dispositions de dernière volonté.

Elle a eu néanmoins une grande influence sur la législation postérieure et peut avec raison être considérée comme la première forme testamentaire analogue à celle du testament olographe actuel.

Le testament olographe en France. — En suivant le développement de l'institution du testament olographe dans la législation postérieure, dans les lois barbares, nous trouvons que le « Breviarum Alaricianum », autrement dit « Lex Romana Visigothorum » (rédigé 506) a *adopté le testament olographe tel qu'il était réglé dans la Novelle de Valentinien III*. En effet, nous trouvons dans le Bréviaire la reproduction de cette Novelle et l'« Interpretatio » explique également l'institution du testament olographe. V. lex Romana Visigothorum, Nov. Valentiniani III, t. IV, de testamentis, c. 2 (Lex Romana Visigothorum, ed. Haenel) : Interpretatio : « Haec lex licet aliat replicet, quæ in aliis legibus habentur exposita, tamen hoc amplius observandum esse præcipit, ut, si cui fuerit testandi voluntas, et testes forsitan defuerint, voluntatem suam propria manu pers-

cribat, quæ prolata post defuncti obitum plenam obtineat firmitatem ».

Le testament olographe dans la forme de la Nouvelle Valentinienne fut introduit également dans la « Lex Romana Burgundionum » (rédigé entre 517-534 environ). (V. Præfatio de la Lex Romana Burgundionum, p. 49 et texte p. 125, éd. Aug. F. Barkow ; édition récente : Lex Romana Burgundionum, éd. L. R. de Salis dans Monumenta Germaniæ historica : Legum sectio I, Tomus II) Tit. 45, 1 : « Testamenta si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem ». — En ce qui concerne les formes, nous pouvons voir que les deux législations regardent, comme la Nouvelle Valentinienne, un testament valable s'il a été écrit par le testateur en personne, sans exiger en outre une date ou signature.

Nous ne trouvons pas de testament olographe chez les *populations germaniques*, car elles ne pratiquaient aucune forme testamentaire (V. Tacitus, Germania, ch. 20). On ne trouve aucune trace de testament ni dans la Lex Salica, ni dans la Lex Ripuaria. Les populations germaniques employaient pour leurs dispositions de dernière volonté, une autre forme dont l'analyse ne rentre pas dans notre sujet.

Dans la *période franque*, entre le vi^e et la fin

du ix^e siècle, nous pouvons suivre les traces du testament olographe de la Novelle Valentinienne. La célèbre « *Lex Visigothorum* » (vii^e siècle) reproduit le testament olographe tel qu'il était dans le Bréviaire (V. *Monumenta Germaniæ historica : Leges Visigothorum*, ed. K. Zeumer), Liber II, II, 5, 16. De olografis scripturis.

« Quia interdum necessitas ita sepe concurrat ut sollemnitas legum libere compleri non possit, adeo, ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non inveniantur testes, per quos iuxta legum ordinem unusquisque suam adliget voluntatem, manu propria scribat ea, que hordinare desiderat ; ita ut specialiter adnotetur, quecumque indicare voluerint, vel que de rebus suis habere quemquam elegerint. Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus. Deinde, toto scripture textu conscripto, rursum auctor ipse suscribat ».

Nous voyons dans le texte que le testament olographe de la *Lex Visigothorum* ne diffère de celui du Bréviaire qu'en ce que la *lex Visigothorum* exige en plus de l'écriture personnelle, la signature et l'indication de la date par le testateur lui-même. Il fallait en outre que le testament reçût sa confirmation après le décès du testateur ; un officier public devait examiner la sincérité de l'écriture. Cette opération devait avoir lieu dans les 6 mois après la découverte du testament et

au plus tard 30 ans après le décès du testateur. D'après ces dispositions si détaillées nous pouvons conclure que dans ce temps-là le testament olographe fut très usité chez les Visigoths. Les sources de la période franque dans lesquelles nous trouvons encore le testament olographe sont les « Epitomae » (viii^e-ix^e siècles); les « epitomae » reproduisent *textuellement* le testament olographe tel qu'il était mentionné dans l'Interpretatio du Bréviaire (V. Lex Romana Visigothorum Nov. Valentin III, tit. 4, de testamentis; V. Epit. Guelpherbytani IV, 2, Epit. Lugdunensis IV, 2, Epit. Monachi, Epit. S. Galli).

Depuis la fin de la période franque jusqu'au commencement du xiv^e siècle nous ne trouvons dans aucune source une trace du testament olographe. En effet, toutes les sources de cette époque parlent de différentes formes testamentaires *sans mentionner celle du testament olographe*: Les « chartes des villes » ou les statutes (xi-xii^e siècles), tel que par exemple les coutumes de Bigorre (V. Giraud. Pièces, vol. I) et autres ne contiennent aucune disposition concernant le testament olographe. Beaumanoir parle dans les coutumes de Beauvoisis (vol. I, ch. 12, n^o 403) du testament canonique et (n. 371) des testaments avec témoins mais ne mentionne nulle part le testament olographe. P. de Fontaines dans « le Con-

seil » réserve un chapitre entier (ch. 33) à la discussion des testaments, mais c'est en vain que nous y cherchons le testament olographe ; Bouteiller dans son « Somme rural » (V. tit. 103), les Olim (qui contiennent les arrêts et enquêtes du Parlement de Paris depuis 1254), li livres de Justice et de Plet (de 1270-1290 environ, mais qui, d'après Klimrath, serait une copie d'un original plus ancien) V. livre XII, tit. 1), les anciennes coutumes d'Alais de 1216^e (V. partie I, tit. 8, et partie II, tit. 22, dans les Olim publiés par Beugnot, vol. II, partie II, p. 1465 et 1497), les Assises de Jérusalem (éd. Beugnot, V. ch. 184 ss.), les Etablissements de Saint-Louis (V. éd. P. Viollet, II, livre I, ch. 93), les Règles Coutumières (V. I série, art. 58, dans Etablissements de Saint-Louis III, p. 222), la Compilatio de usibus et consuetudinibus Andegaviæ (V. art. 65 dans Etablissements de Saint-Louis, III, p. 129), les Ordonnances des rois (V. Recueil, I, ss.), toutes ces sources de cette époque traitent des testaments sans mentionner le testament olographe. C'est seulement dans les coutumes que nous le retrouvons.

Comment alors le testament olographe fut-il introduit dans les coutumes et quelle est son origine ? Sur cette question, il y a une grande divergence d'opinions. L'opinion la plus répandue (V. Claude de Ferrière, La Coutume de Paris,

IV, p. 74 ss.) voit l'origine du testament olographe coutumier dans la Novelle de Valentinien III, mais n'apporte aucun argument à l'appui de cette thèse. Une seconde opinion (V. Warnkönig und Stein, *Französische Staats — und Rechts — geschichte*, II, p. 492) prétend que le testament olographe dérive du « *testamentum parentum inter liberos* », sans apporter plus de preuves que la première. Une troisième (V. Brock, *Das eigenhändige Testament*, p. 48) voit dans le testament olographe coutumier une continuation du testament olographe du Bréviaire et s'appuie seulement sur le fait de l'existence assez longue du Bréviaire en France. Une quatrième opinion enfin (V. Furgole, *Traité des testaments*, I ch. II, sect. 2, n° 18), soutient que les coutumes ont tiré la forme du testament olographe en partie du « *testamentum parentum inter liberos* », et en partie de la Novelle de Valentinien III. La solution de ce problème est extrêmement difficile, étant donné le petit nombre de sources qui nous restent pour l'époque qui va de la fin de la période franque à la rédaction des coutumes. Nous allons néanmoins essayer de trouver à cette question une solution satisfaisante.

Tout d'abord, examinons de plus près les solutions déjà données sur cette question. Se basant sur l'existence du Bréviaire jusqu'au XII^e siècle,

Brock (p. 48) émet l'opinion que le testament olographe a passé directement du Bréviaire dans le droit coutumier. Mais il n'en apporte aucune preuve. Le Bréviaire a, en effet, existé longtemps (V. preuves dans : Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, II, p. 104 ss., 502 ss., Fitting, *Heimat des Brachylogus*, p. 25 ss., Conrat, *Epitomæ exactis regibus*, p. 188 de l'Introduction, Conrat, *Geschichte* p. 29, 79) mais ce fait seul ne nous suffit pas pour apporter une solution à la question qui nous préoccupe, car une raison analogue permettrait alors de supposer que le testament olographe coutumier a été pris directement du Codex Theodosianus qui était en vigueur concurremment avec le Bréviaire. De l'existence du Codex Theodosianus à côté du Bréviaire pendant ce temps, nous avons en effet également de nombreuses preuves. Ainsi, par exemple, nous trouvons beaucoup de testaments rédigés pendant la période franque d'après le droit romain et spécialement d'après des formules romaines qui se trouvent seulement dans le Codex Theodosianus ou autres écrits des Jurisconsultes romains. Nous citerons seulement : le testament de Remigius, évêque de Rheims, de l'an 533, dans lequel il est dit : « Ego Remigius, episcopus civitatis Remorum..., testamentum meum condidi jure prætorio atque id codicillorum vice valere præcipi, si ei

juris aliquis videbitur fuisse ». Et à la fin : « Actum Remis, die et consule præscripto... » (V. Pardessus, *Diplomata* I, 118), le testament du saint Caesarius, évêque d'Arles, de l'an 542, où il est dit : « Et ideo juxta hanc epistolam, quam manus nostre subscriptione roboravimus, cuique die et consulem subtus adjecimus, Deo dispensante, hoc testamentum meum condidi, vel manu propria subscripsi, atque jure pretorio, vel jure civili, et ad vicem codicillorum firmavi ». (V. *Diplomata*, I, 139), le testament du saint Aredius de Attane (V. *Diplomata*, I, 180) de l'an 573, celui de Bertram, évêque de Mans (V. *Diplomata*, I, 230) de l'an 615, le testament de Burgundofara du Pays de Brie (V. *Diplomata*, II, 257) de l'an 632, où il est dit : « In lege quoque Theodosiana ut est insertum... », le testament d'une dame noble, Erminethrudis de Paris, de l'an 700 (V. *Diplomata* II, 452) où nous trouvons les expressions : « Ita do, ita ligo, ita testor, ita vos mihi, Quiritis, testimonium perhibetote testanti ; citeri citeræque proximi proximeque, exheredes mihi estoti ; proculque habetote » (formules sacramentelles contenues dans les *Institutes* de Gaius et qui ne sont pas reproduites par le *Bréviaire*), de même le testament du fils de Iddana de Artega, de l'an 690 (V. *Diplomata*, II, 413), etc. Dans les formules de Marculfe, liber II, 17 (V. *Marculfi Formularum* dans *Formulæ Me-*

rowingici et Karolini ævi, ed. K. Zeumer) nous trouvons un testament mutuel rédigé dans la forme romaine. V. aussi *Formulæ Visigothicæ*, n° 21 ss., *Collectio Flaviniacensis* n° 8 (dans *Formulæ Merowingici et Karolini*). Quelques rois francs permettaient expressément d'adopter les règles du *Codex Theodosianus*, ainsi dans la constitution de Clotaire II (il existe une controverse sur le point de savoir si cette constitution est de Clotaire I^{er} ou Clotaire II. V. *Præfatio* de la constitution dans *Capitulariæ*, ed. Boretius), il est dit (art. 4) : « Inter Romanus negotia causarum romanis legebus præcepemus terminari ». (V. *Monumenta Germaniæ historica : Capitularia*, ed. Boretius, I, p. 48 ss. ; V. aussi *Lex Gundobada*, 45, 2). Les collections des *Capitulariæ*, volumes V-VII, compilés par Benedictus Levita (ix^e siècle), reproduisent des textes qui se trouvent seulement dans le *Codex Theodosianus*. Ce codex est cité de même dans le *Glossarium Salomonis* (919), dans le *Vocabulaire de Papias* (1050), dans les *Decretales* de Ivo, 4, 170 et chez Gratien, dist. 7, c. 2. Il était connu de même dans les xi^e et xii^e siècles (V. Conrat, *Epitomæ exactis regibus* p. 186), ainsi par exemple en Auvergne au xi^e siècle (V. Beaune, I, p. 81). Nous le trouvons même mentionné dans une ordonnance de l'an 1269 (V. *Recueil*, p. 357). Le *Codex Theodosianus* ayant

été connu jusqu'au ^{xiii}^e siècle, il existe donc aussi une probabilité que le testament olographe du droit coutumier a été pris directement dans le Codex Theodosianus. Mais nous ne pouvons pas l'affirmer, faute de preuves suffisantes. L'opinion qui voit dans le Bréviaire l'origine directe du testament olographe coutumier n'apporte pas plus de preuves à son appui ; c'est pourquoi nous la trouvons extrêmement superficielle et sans fondement.

L'opinion qui voit l'origine du testament olographe du droit coutumier dans le « Testamentum parentum inter liberos » est trop peu fondée pour pouvoir être prise sérieusement en considération. L'essence même de ces deux institutions : testament olographe coutumier et « testamentum parentum inter liberos », parle contre cette opinion. Si on les comparait ensemble, on verrait de suite le contraste qui règne entre elles, tant du point de vue de la forme que du point de vue du fonds. D'ailleurs, il faut bien considérer que si les coutumes ont été rédigées aux ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles, elles étaient tout de même en usage, non rédigées, bien avant l'adoption du droit de Justinien. Cette opinion doit donc être définitivement rejetée.

En ce qui concerne l'opinion de Furgole enfin que le testament olographe du droit coutumier a tiré sa forme en partie de la Nouvelle Valentinienne,

en partie d'après le « *testamentum parentum inter liberos* », nous ne devons même pas en parler, car Furgole n'explique pas comment cela a eu lieu, et n'apporte aucune preuve à l'appui de ses assertions. Comme nous le voyons, aucune des opinions émises sur l'origine du testament olographe coutumier n'est satisfaisante. Nous allons maintenant exposer la solution qui, d'après nous, est la meilleure.

Regardons les sources. Peu de temps après la publication de la Novelle de Valentinien III nous trouvons en l'an 475 un testament rédigé dans la forme olographe. C'est le testament du saint Perpetuus, évêque de Tours, rédigé en Touraine. Ce testament (V. Pardessus, *Diplomata*, I, Actes 49), est terminé ainsi : « *Testamentum hoc, manu propria scriptum relegi et subscripsi ego Perpetuus calend. maias post consulatum Leonis Minoris A...* » et il fut écrit et signé en deux exemplaires par le testateur en personne. Bien que nous ayons dans ce testament une preuve attestant l'existence du testament olographe à cette époque, il ne nous est cependant pas permis de supposer que cette forme testamentaire ait été très usitée. Le testament olographe fut, c'est vrai, adopté quelque temps après par le Bréviaire et la *Lex Romana Burgundionum*, mais la population continua pourtant à employer les anciennes formes testamen-

taires. En effet, les testaments de la période franque qui nous sont connus sont tous rédigés en présence de témoins dont le nombre varie de 7 à 22. Le testament de Rudolfi, Bituricensis archiepiscopi, de l'an 860, est même signé de 43 témoins ! (V. Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu. Charta I). En outre, on voit dans presque chaque testament des blasphèmes et pénalités en argent lancés contre celui qui attaquerait le testament (V. par ex. les testaments cités dans l'Histoire de Lorraine, II, Preuves, dans Marculfi Formularum, liber II, 17, dans l'Histoire de Languedoc, V. Preuves, p. 216, etc.). Tous ces faits nous mènent à la conclusion que les testateurs *n'étaient pas sûrs de la mise en exécution de leurs dispositions* ; telle est précisément la raison de ce grand nombre de témoins, de ces blasphèmes et de ces amendes. Les testateurs voulaient ainsi assurer l'exécution de leurs dispositions. Car pendant cette période, des nombreux testaments furent falsifiés ; il y avait même des gens qui s'adonnaient exclusivement à cette rémunératrice opération. Si donc chaque testateur appelait, pour la rédaction de son testament, un nombre de témoins plus grand que celui exigé par la loi, il est fort peu probable qu'une forme testamentaire aussi dépourvue de solennités que le testament olographe ait pu être d'un usage fréquent. D'ailleurs, nous ne trouvons dans les ma-

nuscripts de la période franque aucun testament rédigé dans la forme olographe.

Passons à la *période féodale*. Dans les sources de cette époque, jusqu'au xiv^e siècle, nous ne trouvons pas mentionné le testament olographe, nous l'avons vu plus haut. Comment expliquer ce fait ? Les formes testamentaires qui sont mentionnées dans les sources de la période féodale nous les trouvons aussi plus tard dans les codifications coutumières. Si nous ne trouvons pas dans ces sources le testament olographe, cela signifie tout simplement *qu'il n'a pas été employé du tout pendant cette époque ou seulement dans une infime étendue*. Nous rencontrons le testament olographe comme forme générale et analogue à peu près à celle d'aujourd'hui seulement dans les codifications coutumières du xvr^e siècle, ainsi : dans la coutume de Paris (1510), art. 96 (V. C. de Ferrière I), dans les coutumes générales du Bailliage d'Amiens (1507) (V. Jean Marie Ricard), tit. 3, art. 55, dans les coutumes de Troyes (1509), tit. 6, art. 97, dans les coutumes de Meleun (1506), art. 91, dans les coutumes de Nivernois (1534), ch. 23. art. 13 (V. Guy Coquille), dans les coutumes de Blois (1523), ch. 12, art. 175, dans les coutumes de Chaumont en Bassigny (1509), ch. 6, art. 84, etc. Comment y fut-il introduit ? D'après nous, le testament olographe du droit coutumier n'est nullement une

continuation du testament olographe de la Nouvelle Valentinienne ; il n'est donc pas dérivé des sources où cette forme testamentaire se trouvait, mais *il est une institution purement coutumière* et c'est *dans les coutumes et usages* qu'on doit chercher son origine. Nous allons le démontrer. — A cet effet nous allons d'abord essayer d'établir deux points : *a)* l'usage de testaments s'est répandu successivement pour arriver à être presque général ; *b)* la conséquence fut l'emploi de très nombreuses formes testamentaires et la réduction du nombre des solennités exigées.

a) De la généralisation des testaments. — L'usage des testaments devint depuis le commencement de la période féodale de plus en plus intense et atteignit son point maximum entre les ^{xii}^e et ^{xv}^e siècles. La cause en est très compréhensible. Nous avons seulement à nous rappeler que pendant le moyen âge l'influence de l'Eglise avait atteint son apogée. Nous avons vu que l'Eglise avait tendance à encourager l'usage des testaments, car ceux-ci contenaient précisément exclusivement des legs à but religieux. Les testaments du ^{xi}^e jusqu'à peu près à la fin du ^{xiii}^e siècle étaient des actes de caractère spécialement religieux. Seulement, depuis la fin du ^{xiii}^e siècle on commence à insérer, parmi des dispositions à but religieux, d'autres ayant le caractère laïque. L'essentiel du testament reste

néanmoins le legs à but religieux. Le clergé usait de toute son autorité pour convaincre la population de laisser des legs importants à l'Eglise. Il employait à ce but toute sorte de moyens. On est arrivé avec le temps à regarder comme un grave péché le fait qu'une personne était décédée sans léguer quelque chose à l'Eglise. Le clergé avait même le droit de refuser l'absolution aux mourants si ceux-ci n'avaient pas testé, donc rien légué à l'Eglise. Chacun devait léguer quelque chose aux pauvres ou à l'Eglise, pour le salut de son âme ou, comme on disait, « *pro compendio animæ, pro redemptione, pro salute animæ* » (Ainsi, par exemple, dans le testament de Guillaume V, seigneur de Montpellier, de l'an 1121, il est dit : « ... *Imprimis jubeo dari pro Deo amore et redemptione animæ meæ* » (V. Histoire de Languedoc, II. Preuves, p. 415), dans le testament de Renaud de Trie, Amiral de France, de l'an 1406 (V. Tuetey, p. 419); « ... desirant le proufit et le sauvement de son ame, de ses pere, mere et bienfaicteurs... », dans un testament du comte Godefredus il est dit expressément : « *oportet unumquemque sollicite pro animæ salute vigilare...* » (V. Cartulaire de l'Abbaye de Beaulieu, charta III) On lit dans Beaumanoir (I. ch. 12, n° 361) : « ... nous parlerons en cest chapitre ici ensivant des testamens, pour ce qu'il est grans besoins

que chascune juridicions mete s'aide en fere tenir les testamens qui sont a droit fet pour la sauveté des ames a ceus qui les font » et (n° 426) à propos de la forme d'un testament : « Je Pierres de tel lieu, fes assavoir a tous presens et a venir que je, pour le pourfit de m'ame, en mon bon sens et mon bon memoire... ».) Lorsque quelqu'un n'avait pas testé, il apparaissait comme étant décédé sans absolution, sans « confessio » et il fut appelé « déconfés ». Les testaments que nous allons citer prouvent abondamment combien la population craignait l'espèce d'anathème dont était frappé celui qui mourait sans testament; ces testaments ont été enregistrés par le Parlement de Paris (V. Tuetey, p. 304 ss.). Il y est dit (p. 373) : « nolens ab hoc seculo intestatus decedere... » (p. 426) : « non voulant de ceste vie transitoire intestat deceder... » (p. 426) « ... non voulant de cestuy mortel monde deceder intestat, mais voulant de tout son pover remedier et pouveoir au salut de l'ame de lui... » (V. de même p. 437, 505, 564, etc.). Les Assises de Jérusalem disent (vol. II, 196) : « S'il avient par aucune maladie ou par aucun mau, que aucuns hom ou aucune feme meurt desconfés... » (ça veut dire « intestat »). Il arrivait souvent que le clergé refusait son assistance aux enterrements lorsqu'il apprenait que le défunt n'avait pas laissé de testament, donc des legs en faveur de l'Eglise. Montesquieu (Livre

28, ch. 41) écrit : « Tout homme qui mourait sans donner une partie de ses biens à l'Eglise, ce qui s'appelait mourir déconfés, était privé de la communion et de la sépulture ». Nous lisons dans une autre source (V. Coutume de Nivernais, par Guy Coquille, adnotée par Dupin, p. 422) : « Dupuy cite l'extrait d'un voleau qui est au Trésor des chartes et où il est dit : « La justice du roi se plaint qu'en quelques lieux de la France les ecclésiastiques pretendoient quelque chose sur le bien de ceux qui étoient morts intestat et par conséquent sur les biens des enfants qui ne pouvoient pas encore parler ». Et cela se produisait même au xvi^e siècle : « Durand de Maillane (t. I, p. 367) en rapporte un exemple bien frappant, en citant le réquisitoire de Jacques Olivier, avocat du roi, qui le 21 janvier 1503 se plaignait au parlement que les curés refusaient d'inhumer les corps avant qu'on leur eût montré et exhibé les testaments des défunts ». Aussi arrivait-il souvent que les héritiers d'une personne morte sans avoir testé, rédigaient, ensuite, pour le salut de son âme ou aussi pour persuader le clergé d'assister à l'enterrement, un testament qui était considéré fait par le défunt et dans lequel ils faisaient des legs en faveur de l'Eglise. Montesquieu (livre 28, ch. 41) dit à ce propos : « Si l'on mourait sans faire de testament, il fallait que les parents obtinssent de l'évêque qu'il nommât,

concurrentement avec eux, des arbitres pour fixer ce que le défunt aurait dû donner en cas qu'il eût fait un testament ». Le clergé avait commis tant d'abus de cette façon que le Parlement de Paris dut en être saisi l'an 1409, sans naturellement obtenir quelque succès. Ces faits nous permettent de comprendre que chacun préférerait rédiger soi-même son testament; dès lors les testaments se sont généralisés *au point qu'on voyait rarement une personne mourir sans avoir laissé de testament.*

b) *Admission de nombreuses formes testamentaires et réduction des solennités exigées.* — La généralisation croissante de l'usage des testaments rendit impossible le maintien de la rigueur du droit en ce qui concernait les formes à employer. Il pouvait en effet arriver que le nombre nécessaire de témoins ne pussent être rassemblés, que le notaire fût absent, enfin qu'un obstacle quelconque empêchât de tester dans la forme usuelle. Et, comme la rédaction et l'exécution des testaments étaient également du domaine de l'Eglise (V. Beaumanoir, I, n° 320) qui, d'ailleurs, y était très intéressée elle admit avec le temps la validité de toutes sortes de formes testamentaires. Plus tard, dans le xv^e siècle, nous trouvons des coutumes dans lesquelles il est dit expressément que pour la rédaction de testaments on ne doit pas absolument suivre les exigences du droit civil. Ainsi la coutume de

Chaumont en Bassigny dans l'ancienne rédaction de l'an 1494 (V. Coutume de Chaumont en Bassigny, par J. de Laistre), dit dans l'art. 76 : « A ce que testament ordonnancé en dernière volonté soit valable, ne sont requises les solennités de droit civil ». Des autres coutumes plus tard établissent même *qu'on peut employer toute forme testamentaire qu'on veut*, ainsi les coutumes de la ville de Bruges, titre 13, art. 1 : « Tous testaments et dernières volontés sont de valeur nonobstant que les formalités du droit ecclésiastique ou civil n'y soient observées ; mais c'est assez qu'il en apparaisse par la signature ou par l'écriture de la main des testateurs par témoins ou autrement loyalement et pleinement *en quelque manière que ce soit* ». Dans le même sens les coutumes de Gand, rubrique 18, art. 1, 3, les coutumes d'Adenarde, rubrique 20, art. 1, 1 etc.

Nous voyons donc qu'on *n'était même pas tenu rigoureusement de tester dans une forme spéciale* et que seule la preuve de la sincérité du testament était exigée. En examinant d'ailleurs les plus importantes coutumes, nous pouvons remarquer qu'on admettait *toutes sortes de formes testamentaires pour encourager la population à tester*. Ainsi, par exemple, la coutume de Paris dispose au sujet des formes testamentaires ordinaires, dans son art. 96 (de la rédaction de 1510) : « Avant qu'un

testament soit réputé solennel, il est requis qu'il soit écrit et signé de la main et sein manuel du testateur, ou signé de sa main et a lui lu et par lui entendu en la présence de trois témoins, ou qu'il soit passé pardevant deux Notaires, ou pardevant le Curé de sa Paroisse ou son Vicaire général et un Notaire, ou du dit Curé ou Vicaire et deux tesmoins; ou d'un Notaire et deux tesmoins; ou de quatre tesmoins... » Les Coutumes générales du bailliage d'Amiens disposent au titre 3 art. 55 : « Avant qu'un testament puisse être réputé solennel, est requis qu'il soit écrit et signé de la main du testateur ou passé pardevant deux Notaires, soit d'Eglise ou de Cour laye ou pardevant un Notaire en présence de deux témoins, ou pardevant le Curé de la Paroisse du testateur, ou son Vicaire général et d'un Notaire; ou du dit Curé et Vicaire général et deux témoins; ou du Maire, Baillif, Prévot de la Justice ordinaire du dit lieu, ou du Greffier de la Justice et l'un d'eux en présence de deux témoins et signé des dits témoins; ou que le testateur ait déclaré sa volonté en présence de quatre témoins idoines et suffisans non légataires et n'ayans intérêts audit testament... »

Nous avons donc prouvé et établi jusqu'ici la tendance générale de réduire le nombre de solennités nécessaires aux différentes formes testamentaires.

Nous pouvons maintenant revenir à notre première question : quelle est l'origine du testament olographe du droit coutumier ? En soutenant plus haut la probabilité de la naissance du testament olographe coutumier des coutumes elles-mêmes, nous avons sous-entendu que le testament olographe *s'est développé peu à peu et a passé par diverses phases*. Une de ces phases peut être caractérisée par une forme analogue à celle du *testament olographe des coutumes de Bourgogne*. Celles-ci (V. coutumes du Duché Bourgogne par Bouhier), dans leur première rédaction, en l'an 1459, admettent un testament olographe (art. 66) sous la condition qu'il soit signé à la fin ou au dos par un notaire et deux témoins. De même les coutumes de Bayonne (titre 11, art. 4) et autres. Nous supposons qu'à la fin de la période féodale, lorsque les testaments étaient d'un usage général, on sentait la nécessité de tester de telle manière que le contenu du testament ne soit pas connu aux témoins ou aux tiers et que même le fait de la rédaction d'un testament reste inconnu. Comment pouvait-on mieux atteindre ces buts qu'en *faisant écrire le testament par le testateur lui-même* ? Nous trouvons même cette idée dans les coutumes. Ainsi dans les coutumes de Berry (V. Coutumes de Berry, par Th. de la Thaumassière), titre 18, art. 9 : « Que où le testateur voudra faire son testament,

ou autre disposition de dernière volonté *secrete*, et ne vouldra le contenu en icelle estre connu jusques après sa mort, l'écrira de sa main... ». Une disposition ne pouvait donc rester mieux secrète que là où elle était contenue dans un testament olographe. Mais comme l'habitude de tester avec l'assistance de témoins était enracinée depuis des siècles, on avait exigé probablement dans quelques endroits à côté de la rédaction personnelle du testament l'assistance d'un certain nombre de témoins afin que, la sincérité du testament puisse être mieux prouvée (1). Cette nécessité d'être assisté de témoins tomba avec le temps en désuétude, une fois qu'on eut acquis la conviction qu'un testament olographe fait sans l'assistance de témoins présentait des garanties suffisantes de sincérité et qu'on se fut rendu compte de l'immense commodité d'un testament fait sans notaire ni témoin ; cette transformation fut rendue plus facile alors par le rétablissement progressif de l'ordre dans le royaume, que des luttes intestines avaient longtemps troublé. Un argument puissant pour notre thèse nous est fourni par le fait suivant : les coutumes de Bourgogne considéraient comme

(1) Ulysse Robert dans son édition des « Testaments de l'officialité de Besançon » 1265-1500, vol. I, p. 199, montre l'existence de deux testaments olographes *faits en présence de témoins*, l'un de Jean Betars, de l'an 1298, et l'autre de Hugue Courderet de Besançon, de l'an 1463.

valable un testament olographe rédigé sans témoins, seulement lorsqu'il avait été écrit par le testateur avant la maladie dont il était mort (art. 613 : « si le testament est fait durant la santé du testateur et auparavant la maladie dont il décède, il suffira et fera foi, s'il est écrit ou signé de lui... »), lorsqu'au contraire le testament avait été rédigé pendant la dernière maladie du testateur, celui-ci devait avoir été assisté de témoins et d'un notaire. Nous voyons donc que les coutumes admettaient un testament olographe sans témoins seulement dans le cas où l'on pouvait présumer que le testament était sincère et que le testateur n'avait pas été influencé, dans le cas contraire, elles exigeaient les solennités ordinaires, c'est-à-dire la présence des témoins et du notaire. Voilà donc un testament olographe *avec* témoins, d'où la forme du testament olographe *sans témoins* est dérivée.

Il y avait aussi des coutumes qui déclaraient *exprèsément* que pour la forme du testament olographe on ne devait pas avoir de témoins. Ainsi, par exemple, les coutumes de Bayonne, tit. 44, art. 4 : « testament escript de la main du testateur *posé qu'il n'y ait aucun tesmoin...* » et les coutumes de Château-neuf en Thimerais, ch. 47, art. 442 : » « et aussi si tel testament, codicille et ordonnance de dernière volonté écrits et signez, le tout de la

main du testateur, *sans temoings...* » S'il est donc expressément mentionné qu'il ne faut pas de témoins en cas de testament olographe, il est très probable qu'à une époque antérieure, l'assistance de témoins était requise.

Mais nous ne supposons valable cette explication du développement du testament olographe *que pour quelques coutumes*. Pour ce qui est des autres coutumes, comme, par exemple, celle de Paris, nous croyons que le testament olographe y a eu un développement différent.

La Coutume de Paris (V. Coutume de Paris par Ferrière, Coutume de Paris, par Bourjon) fut codifiée seulement l'an 1510, sous Louis XII. Mais sa phase antérieure est exposée dans le *Grand Coutumier de France*. Le Grand Coutumier de France (ed. E. Laboulaye et R. Dareste), écrit dans le xiv^e siècle (publié l'an 1517), est d'une grande importance, car il expose l'état du droit français dans la phase précédant immédiatement la rédaction officielle des coutumes et usages (V. Préface p. 10 ss.) Nous trouvons dans le livre II, ch. 40, les dispositions suivantes concernant les formes testamentaires :

« En pays de droict escript, qui veult faire testament, de nécessité il fault cinq ou six tesmoings ; en pays coustumier deux ou trois suffisent, et sans tesmoing aucun testament ne vault riens, non

mie un testament escript de la propre main du testateur, s'il n'est chevalier, et qu'il soit en cas périlleux comme au conflict de la guerre » (1).

Nous voyons donc que dans le ^{xiv}^e et probablement aussi déjà dans le ^{xiii}^e siècle la forme olographe existait déjà mais que l'emploi en était permis *seulement aux nobles* et seulement lorsqu'ils étaient *en péril*. Que le testament olographe fut permis seulement aux nobles, et non aux bourgeois (aux roturiers ou coutumiers), cela est très compréhensible. Les nobles étaient partout privilégiés. On avait donc permis aux nobles de tester dans la forme olographe dans un cas de péril parce qu'alors ils ne pouvaient trouver ni de témoins, ni de notaire. Ce privilège de tester dans la forme olographe fut plus tard étendu dans ce sens que les nobles purent l'employer même en dehors du cas où ils étaient en danger. Lorsque vers la fin du moyen âge, la situation politique fut changée et la force féodale brisée et que les villes

(1) Le Grand Coutumier de France tire cette disposition du Style du Châtelet de Paris (du commencement du ^{xiv}^e siècle) P. Viollet (Histoire du droit français) reproduit (Note 4, p. 954) le texte inexactement (ce qui produit un grand changement) en citant : « s'il n'est chevalier *ou* qu'il soit en cas périlleux » au lieu de : « ... s'il n'est chevalier *et* qu'il soit en cas périlleux » (V. ms. fr. 1076, fol. 82 et ms. fr. 4472, fol. 122. Bibliothèque Nationale, Paris) ; de même ce texte ne se trouve pas dans ms. fr. 18419, fol. 88 r^o et v^o. comme le soutient Viollet.

eurent acquis une indépendance de plus en plus grande, la situation des bourgeois s'améliora considérablement. Nous croyons donc qu'avec l'amélioration du sort des bourgeois, *l'usage du testament olographe fut permis à ceux-ci*; on exigeait alors probablement dans la coutume de Paris, comme compensation, et comme garantie de la sincérité du testament, non seulement l'écriture personnelle mais *aussi la signature* du testateur. C'est ainsi que nous concevons le développement du testament olographe dans la coutume de Paris et quelques autres coutumes analogues.

Nous avons montré jusqu'ici deux phases qui devraient appuyer l'opinion que le testament olographe coutumier est d'origine purement coutumière. Mais il faut bien remarquer que l'emploi de la forme du testament olographe ne fut pas au commencement permise *expressément*, mais *tacitement* et par l'usage : lorsqu'un testament olographe avait été rédigé par un bourgeois; sans témoins, dans les pays régis par la coutume de Paris, le Parlement ou l'Eglise, déclarait ce testament valable. Lorsque cet usage de la coutume de Paris fut connu, il se répandit de plus en plus et il fut consacré dans les rédactions officielles. Il faut néanmoins remarquer que le testament olographe fut très peu employé avant la rédaction des coutumes et presque exclusivement dans

les classes cultivées. Parmi les nombreux testaments qui ont été enregistrés par le Parlement de Paris sous Charles VI, nous trouvons seulement *un* testament olographe analogue au testament olographe actuel. C'est le testament de Jean de Neuilly-Saint-Front, chanoine de Notre-Dame de Paris, de l'an 1402, qui est écrit et signé par le testateur en personne et rédigé en trois exemplaires (V. Tuetey, p. 304 ss.). Il y est dit : « ... je fais et ordonne mon testament présent que je veuil valoir ordonnance de dernière volonté, par la meilleur manière qu'il se peut faire et doit valoir... » (p. 319). « Escript en trois pieches pour doubtes, d'estre perduz. Fait et ordonné et escript de ma propre main et signé de mon saing manuel, l'an de grace mil III^e et deux, le jour de feste Saint-Denis en octobre et veul que chascune pieche vaille original. » Du fait que le testateur ne déclarait pas *expressement* son testament *comme* « olographe » mais qu'il voulait le voir validé de *quelque manière que ce fut*, nous pouvons conclure que la forme du testament olographe n'était pas une forme testamentaire *spéciale* mais qu'elle *était dérivé d'une autre forme* et qu'elle était valable comme toutes les autres formes testamentaires, dès que la preuve de la sincérité du testament était faite. La forme olographe, au début employée de temps à autre, se répandit peu à peu

et fut adoptée dans la rédaction des coutumes. C'est ainsi que nous devons concevoir le développement du testament olographe dans les coutumes.

Parmi les causes qui ont motivé l'admission du testament olographe par les coutumes, il y a un point important à remarquer. Les coutumes pouvaient valider sans crainte la forme du testament olographe parce que, comme nous le savons, dans les coutumes (à l'exception des coutumes de Berry, t. 18, art. 1, et de Bourgogne, t. 7, art. 3), *une institution d'héritier ne pouvait pas avoir lieu par testament*; et on y observait le principe : « Institution d'héritier n'a lieu ». On ne pouvait disposer que d'une petite partie de la succession. Ces quotités disponibles différaient d'une coutume à l'autre, mais elles représentaient généralement une partie beaucoup moins importante que celle qui devait être partagée *ab intestat*. Si donc le *testateur ne pouvait disposer que d'une partie peu importante de sa fortune*, les coutumes pouvaient aussi permettre sans crainte l'emploi d'une forme testamentaire moins solennelle telle que la forme olographe. La meilleure preuve que les coutumes avaient en vue ce fait lorsqu'elles ont admis la forme olographe, c'est que seules les coutumes où une institution d'héritier était permise, ont interdit l'emploi de la forme

olographe sans témoins. Les Coutumes de Bourgogne, art. 66, exigent que le testament olographe soit présenté à un notaire et à des témoins, et les coutumes de Berry, tit. 18, art. 13 et 14, disent expressément qu'un testament olographe sans témoins sera valable seulement lorsqu'il ne contiendra pas une institution d'héritier ou un legs de plus de la moitié des biens du testateur. Nous voyons donc que le motif qui a produit l'admission du testament olographe dans la plupart des coutumes fut le fait qu'on n'y pouvait pas disposer de grandes quantités de biens. Quant au danger d'une falsification du testament, il était de trop peu de poids, comparé aux avantages du testament olographe, pour faire obstacle à l'admission de cette institution. Au contraire, les coutumes où une institution d'héritier était permise tenaient la forme du testament olographe comme trop peu sûre et exigèrent l'assistance d'un notaire et de témoins. Certaines coutumes le disent expressément. Ainsi les coutumes du bailliage et comté d'Eu, art. 111 : « A scavoir, qu'il (le testament) soit écrit et signé de la main du testateur *pour le regard des meubles*; et *pour les immeubles*, requiert qu'il soit passé devant deux tabellions ou notaires, avec deux témoins soussignez avec le testateur... » Dans la première rédaction des coutumes de Rheims de l'an 1481 (V. Archives légis-

latives de la ville de Rheims, 1^{re} partie : Coutumes) il est dit (Partie I, ch. 12, art. 289) : « Tous testamens, codicilles et ordonnance de dernières volontées, *excédans la valleur de cent solz* (tournois) doivent estre faictz, passez, et recogneuz par les testateurs et testateresses ayant aage, sens, entendement et faculté de tester, pardevant ou ès présences de deux notaires, ou personne publique, avec luy, deux ou plusieurs tesmoins ydoinés..... et *si autrement sont faictz les dictz testamens*, codicilles et ordonnances, ils sont de nulle valeur en ce qui excède de cent solz ». Ces dispositions montrent l'exactitude de nos observations sur la relation entre l'admission du testament olographe et la quotité disponible de la succession. Mais nous devons faire remarquer que le fait qu'on ne pouvait, dans la plupart de coutumes, disposer par testament que d'une petite quotité a eu comme conséquence non seulement l'admission de la forme olographe mais encore celle de toutes les autres formes testamentaires simplifiées. Le testament olographe sans témoins ne formait pas une forme *privilégiée* mais était une forme simplifiée comme les autres formes admises. Ce qu'on exigeait c'était seulement la preuve de la sincérité du testament ; les solennités étaient de nature accessoire. L'existence du testament olographe dans les coutumes est due à

l'usage; et cet usage, peu fréquent dès le début, s'est développé, grâce à ses heureux résultats, jusqu'à devenir général.

En observant les solennités exigées dans les différentes coutumes, nous trouvons encore un argument à l'appui de notre thèse. En effet, toutes les coutumes n'exigent pas, pour la validité du testament olographe, l'écriture *et* la signature par le testateur. D'après quelques-unes, il suffisait que le testateur écrivît le texte sans le signer, d'après d'autres, il suffisait que le testateur signe le testament, peu importait que le texte fût écrit par un tiers. Ainsi, par exemple, le Grand Coutumier de France parle seulement de l'écriture du texte par le testateur en personne. Les coutumes d'Orléans (1509) exigent, ch. 14, art. 227, 229, l'écriture *ou* la signature, il en est de même des coutumes de la ville de Bruges, tit. 13, art. 1, et de Bretagne, art. 613. Les coutumes de Meleun dans leur première publication (1506) exigent seulement la signature par le testateur, tandis que dans leur deuxième rédaction (1560) elles exigent l'écriture *et* la signature par le testateur en personne (ch. 6, art. 244). Les coutumes d'Assenede (rubr. 21, art. 1, 6) demandent que le texte seulement soit écrit par le testateur en personne; de même les coutumes de Gand (rub. 28, art. 1, 6). Nous voyons donc que dans

beaucoup de coutumes on n'exigeait pas même rigoureusement que le texte du testament fût écrit par le testateur. Si l'on admet que le testament olographe coutumier a été pris du Bréviaire ou du droit romain, nous ne pourrions pas nous expliquer cette variation de forme ; car alors il devrait avoir eu ses solennités et, notamment, l'écriture par le testateur en personne aurait dû être exigée, ce qui n'a pas eu lieu, comme nous l'avons vu. La forme du testament olographe coutumier dépose donc contre l'opinion qui veut le faire dériver du droit romain. Si on admet, au contraire, la thèse que nous exposons, c'est-à-dire que le *testament olographe coutumier est d'origine purement coutumière*, cette variation des coutumes est très compréhensible. On voulait avoir une forme testamentaire, permettant de garder secret le contenu du testament, jusqu'à la mort du testateur. Cela pouvait avoir lieu seulement par le testament olographe. Mais pour avoir néanmoins une preuve de la sincérité du testament, quelques coutumes ont exigé l'écriture personnelle du texte, tandis que des autres se sont contentées de la signature personnelle, laissant au gré du testateur d'écrire le texte lui-même ou de le faire écrire par un de ses amis ; c'est ce que disent expressément les Coutumes de Berry (tit. 18, art. 9) : « ... ou fera écrire par un autre, auquel il aura confiance... »

Plus tard, lors de la rédaction, il apparut que la sincérité du testament peut être mieux assurée par l'exigence de l'écriture *et* de la signature du testament ; c'est pourquoi presque toutes les coutumes qui, à leur première rédaction, exigeaient seulement l'écriture personnelle du texte ou la signature, demandèrent plus tard l'écriture *et* la signature, à l'exception de quelques coutumes de Flandre qui maintinrent leur forme simplifiée.

Jetant un regard sur les arguments que nous avons exposés à l'appui de notre thèse sur l'origine du testament olographe coutumier, il faut avec raison conclure que notre solution est la seule qui ait pour elle de sérieuses probabilités.

En France, *dans les pays de droit écrit*, nous trouvons pendant les périodes franque et féodale le même développement des testaments, la même influence de l'Eglise et la même généralisation des testaments que dans le Nord. Mais ni les formes testamentaires ni leur contenu ne sont analogues à celles des coutumes. Nous savons que dans les pays de droit écrit le droit de tester existait à l'infini. Le testament devait contenir une institution d'héritier. La succession testamentaire était prédominante, tandis que la succession *ab intestat* était de nature accessoire. Ici le testateur pouvait disposer sur toute sa fortune, selon les

règles de droit romain. Il était donc très difficile d'admettre dans les pays de droit écrit une forme aussi dépourvue de solennités que le testament olographe; étant donné que le testateur pouvait disposer par testament de tout son avoir. C'est pourquoi nous trouvons dans ces pays la forme olographe seulement sous l'apparence du « testamentum parentum inter liberos » de Justinien, ou aussi comme testament militaire où à but religieux (Font exception l'Auvergne et Mâconnais qui admettent le testament olographe dans tous les cas). Dans aucune des coutumes des pays de droit écrit, nous ne pouvons trouver mentionné le testament olographe (V. par exemple les coutumes de Montpellier et de Carcassone chez Giraud, I, Pièces, les coutumes de Toulouse, par A. Tardif).

Lorsque les coutumes des pays coutumiers furent réformées, et que d'autres coutumes furent rédigées, elles introduirent et conservèrent l'institution du testament olographe, ainsi la coutume de Paris réformée en 1580, tit. 14, art. 289, les coutumes générales du Bailliage d'Amiens, réformées en 1567, tit. 3, art. 55, les coutumes de la ville de Bruges, de l'an 1619, tit. 13, art. 1, les coutumes de Normandie, de l'an 1583, art. 413, les coutumes de Touraine, de l'an 1559, art. 322, etc. Dans les contrées où les coutumes n'admettaient pas *ex-*

pressément le testament olographe, cette forme était tout de même en usage, la population se basant sur les usages et sur le fait que les coutumes voisines avaient admis le testament olographe sans témoins (V. Ricard, *Traité*, I, n. 1491).

En suivant le développement du testament olographe nous voyons que la population était si satisfaite de cette institution que non seulement les rois l'avaient adoptée mais qu'on essaya plus tard *d'introduire cette forme testamentaire même dans les pays de droit écrit*. Dans une ordonnance de l'an 1629, « Ordonnance sur les plaintes des états assemblés à Paris en 1614 et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris en 1617 et 1627 » (V. Recueil, XVI, p. 223 ss.) connue sous le nom de « Code Michaud », donnée par Louis XIII sous Marillac, garde des sceaux, il est dit : art. 126 : « Les testaments appelez holographes, écrits et signés de la main du testateur, seront valables pour tout notre royaume, sans qu'il soit besoin de plus grande solennité... » Pourtant cette ordonnance n'a pas eu l'effet désiré, car les pays de droit écrit et spécialement leurs Parlements, refusèrent d'accepter la forme du testament olographe, précisément pour les motifs qui avaient déjà empêché son admission dans ces pays. Ces motifs sont parfaitement exposés dans une lettre de D'Aguesseau du 11 février 1737 (V. Œuvres de M. le Chance-

lier d'Aguesseau XI, p. 448 ss.) où il est dit :

« Le caractère des testaments, qui sont regardés dans ce droit comme une espèce de loi et qui, par conséquent, doivent en avoir la solennité ; le pouvoir indéfini du Testateur, qui n'est restraints par rapport à aucune espèce de biens ; la faiblesse de l'âge, dans lequel les lois Romaines permettent d'user d'un si grand pouvoir et la facilité de faire écrire à un enfant de 12 ans ou de 14 ans un testament dont sa famille n'aurait aucune conoissance ; la crainte qu'un mari n'use de son autorité sur sa femme pour lui dicter une disposition en sa faveur ; le danger des surprises que l'on pourroit faire à un testateur affoibli par l'âge ou par la maladie, pour lui faire changer par une seule ligne écrite de sa main ce qu'il auroit ordonné avec le plus de solennité et de réflexion ; enfin l'incertitude de la date d'une écriture privé ; sont autant de motifs importans pour ne rien changer dans les formes du droit écrit à cet égard, ou du moins autant d'incovéniens auxquels il faudroit, chercher des remèdes, si l'on pensoit à introduire en général la forme du testament olographe dans les pays de droit écrit. »

Le testament olographe continua donc d'exister dans les pays coutumiers, sans être admis dans les pays de droit écrit (Il y avait cependant quelques régions dans les pays de droit écrit où le tes-

tament olographe était en usage, l'Auvergne, le Mâconnais, Thoul et quelques contrées du Lyonnais (V. Ricard, Traité I, n. 1490).

Quelque temps après, le testament olographe fut admis comme *testament maritime* par Louis XIV, dans son ordonnance de la Marine, de 1681, titre 11, art. 1 (V. Recueil XIX, p. 282 ss.).

Comme les pays de droit écrit ne voulaient pas recevoir le testament olographe, on avait évité en 1735, à la réglementation des testaments, de chercher à l'imposer à tout le Royaume. En août 1735, Louis XV, sous Chauvelin, Garde des sceaux, rendit une « ordonnance concernant les testaments », réglementant les différentes formes testamentaires (V. Recueil XXI, p. 386 ss.). Dans l'ordonnance le testament olographe est maintenu mais seulement dans les pays où il existait déjà, donc dans les pays de droit coutumier (art. 20 : L'usage des testaments, codicilles et autres dernières dispositions olographes, continuera d'avoir lieu dans les pays et dans les cas où ils ont été admis jusqu'à présent). Par contre, dans les pays de droit écrit le testament olographe est admis seulement sous la forme du « *testamentum parentum inter liberos* » ; les dispositions faites au profit d'autres que les descendants seront nulles si elles sont rédigées sous la forme olographe (art. 16, 17, 18). Le testament olographe

est admis comme *testament militaire* pour toute la France (art. 29). Cette forme est aussi admise dans des cas exceptionnels en temps *de peste*, par exemple, dans tout le pays (art. 35).

En ce qui concerne les solennités du testament olographe, elles consistent, d'après l'ordonnance, dans l'écriture, la signature et la date, le tout écrit par le testateur en personne.

A cause de la différence des formes testamentaires admises dans les pays de droit coutumier et celles admises dans les pays de droit écrit des nombreux conflits s'élevèrent. La controverse la plus importante était celle qui régnait sur le point de savoir si un habitant des pays coutumiers qui se trouvait justement dans les pays de droit écrit pouvait tester dans la forme olographe telle qu'elle était admise par les coutumes. De même, un habitant des pays de droit écrit qui se trouvait dans un pays coutumier pouvait-il employer la forme olographe dans tous les cas. La Cour de cassation et le Parlement de Paris s'étaient prononcés pour l'affirmative (V. *contra*, Paris, 7 Thermidor an IX. S. vol. 1, 2, 600). La doctrine était partagée ; Ricard concluait affirmatif (Traité, 1, n° 1286), Furgole dans le sens négatif (I, ch. 2, sect. 2, n° 22).

Pendant *la révolution française* on voulait, comme nous le savons, supprimer toute l'institu-

tion des testaments en général. Mais on n'avait mis en pratique que la réduction de la quotité disponible sans toucher aux différentes formes testamentaires (V. Sagnac, La législation civile de la Révolution française, p. 222 ss. ; 349 ss.). Le droit de tester et les différentes formes testamentaires furent enfin réglés définitivement par le Code Napoléon et la forme du testament olographe déclarée admissible dans toute la France (30 Ventôse an XII (20 mars 1804).

Le testament olographe en Allemagne et autres pays. — Ni dans l'ancien droit allemand, ni dans le droit commun (gemeines Recht), ni dans le droit prussien (preussisches Landrecht) le testament olographe ne fut connu.

Avec l'introduction du Code Napoléon dans le duché de Bade, le testament olographe y fut reçu et usité (art. 970 du droit badois). Le testament olographe était admis également dans les autres provinces allemandes sous la domination française, tel que Rheinhessen, Rheinpfalz, et autres. Il était valable également dans l'Alsace-Lorraine, et l'est resté à la suite de son incorporation à l'empire allemand après la guerre de 1870-71. En outre, le testament olographe existait régulièrement depuis l'an 1854 dans le Schleswig.

Le Code civil allemand a admis également le testament olographe qu'il a emprunté au Code

Napoléon. Dans le 1^{er} projet, on avait refusé d'introduire le testament olographe dans le BGB., en invoquant (V. Motive, V, p. 257 ss.) que le testament olographe peut être facilement falsifié ou détruit, qu'on ne peut pas reconnaître parfois si c'est une copie ou un testament sérieux, etc. Par contre, les défenseurs de cette institution alléguèrent (V. Protokolle, V, p. 326) le grand développement du testament olographe tant en France qu'en Italie, en Autriche, en Espagne, etc., et ses grandes avantages sociaux.

D'ailleurs les gouvernements badois et d'Alsace-Lorraine étaient intervenus pour le maintien du testament olographe. Pourtant le 2^e projet avait également refusé de l'accepter (V. Protokolle, V, p. 328). Enfin dans la séance plénière du Reichstag l'introduction du testament olographe dans le BGB. fut acceptée par une grande majorité (§ 2231, 2 BGB.).

En *Italie*, le testament olographe apparaît seulement vers le xv^e siècle et au début sous la forme d'un testament olographe pour lequel était requise l'assistance d'un notaire. Dans quelques endroits on admettait la forme du testament olographe sans notaire, à la seule condition que la sincérité de l'écrit fût établie (V. Pertile, IV, p. 29, Nani, p. 580). Une loi vénétienne de l'an 1613 déclarait le testament olographe nul, s'il n'était pas remis au magistrat 2 ou 4 mois après le décès du testateur,

(V. Ciccaglione, II, p. 440, ss.). Les solemnités exigées pour le testament olographe étaient en général l'écriture et la signature par le testateur lui-même ; il n'était pas question de la date.

Dans le xix^e siècle plusieurs provinces italiennes introduisirent dans leur législation le testament olographe d'après le Code Napoléon. Ainsi le Code des Deux-Siciles (art. 895), le Codice Parmense (art. 726), le Editto Toscana de l'an 1814 (art. 300), le dernier exigeant en plus la mention du lieu de rédaction et celle de la profession du testateur. Le Codice Sardo, au contraire, n'admit pas le testament olographe. Avec l'unité italienne et la rédaction d'un Code civil italien, le testament olographe fut introduit dans la législation actuelle (art. 775).

En ce qui concerne l'origine du testament olographe, nous pensons que le testament olographe en Italie est d'origine *purement coutumière*, comme en France, et qu'il y a suivi un développement analogue.

En Autriche, le testament olographe a été en usage depuis une période très reculée. On le trouve dans les diverses législations communales et provinciales. Ainsi cette forme est confirmée expressément par l'empereur Ferdinand I dans la législation de la commune de Vienne, le 12 mars 1526 (V. Pfaff und Hofman, Kommentar des ces-

terreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, II, au § 578, p. 141 ss.). On trouve le testament olographe mentionné aussi dans les lois communales de la Bohême (V. Weingarten, *Auszug der Königl. Stadt-Recht im Erbkönigreich Böhme*, p. 94, § 1). Les solennités exigées étaient variables. On exigeait au début l'écriture et la signature par le testateur en personne, plus tard on se contenta de l'écriture du texte par le testateur ou de sa signature. Le *Westgalizische Gesetzbuch*, p. 373, demanda écriture, signature et date par le testateur lui-même (V. Unger, *System*, VI, p. 47). Enfin le testament olographe fut introduit dans le Code civil autrichien actuel (rédigé en 1809), § 578, qui dit : « Qui veut tester par écrit et sans témoins doit écrire le testament ou le codicille en personne et le signer lui-même. L'indication du jour, de l'an et du lieu où la disposition de dernière volonté a été rédigée, n'est pas nécessaire mais du moins fort utile pour éviter des conflits ».

Au sujet de l'origine du testament olographe en Autriche, nous devons remarquer qu'on trouve des testaments olographes faits avec l'assistance d'un ou de deux témoins. Cette forme nous paraît être celle d'où le testament olographe sans témoins a été dérivé. Le testament olographe en Autriche est aussi d'origine purement coutumière, comme le testament olographe en France.

En Suisse nous trouvons le testament olographe dès la fin du moyen âge. Sa forme est variable selon les cantons (V. pour les détails Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, IV, p. 620 ss., et II. p. 189 ss). Le nouveau Code civil de la Suisse (du 10 décembre 1907) dispose dans l'art 505 : « Le testament olographe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ; la date consiste dans la mention du lieu, de l'année, du mois et du jour où l'acte a été dressé. Les cantons pourvoient à ce que l'acte, ouvert ou clos, puisse être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt ».

Le *Code civil espagnol*, art. 678, exige comme le droit français l'écriture, la signature et la date, par le testateur en personne.

Le *Code civil roumain*, art. 859, reproduit le testament olographe d'après le Code Napoléon.

CHAPITRE II

DE LA FORME DU TESTAMENT OLOGRAPHE

§ 1. — *L'écriture.*

L'art. 970 du Code civil français dispose : « Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ; il n'est assujetti à aucune autre forme ». Le § 2231 du BGB est ainsi conçu : « Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden : 1... ; 2. durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung ». Voici maintenant le texte de l'art. 775 du Codice civile italiano : « Il testamento olografo deve essere scritto per intiero, datato e sottoscritto di mano del testatore ». Citons enfin le § 578 du Code civil

autrichien : « Wer schriftlich und ohne Zeugen testieren will, der muss das Testament oder Codicill eigenhändig schreiben und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen ».

I. De tous ces textes nous pouvons tirer deux importantes conclusions : Premièrement, le testament olographe doit être écrit par le testateur *lui-même*. Le testament doit être écrit par le testateur *en personne*, afin qu'on soit sûr que le contenu du testament lui est connu. L'écriture permet d'ailleurs de reconnaître si le testateur a été réellement l'auteur du testament, s'il a été sain d'esprit au moment de sa rédaction, etc. Les dispositions législatives qui exigent l'écriture personnelle ont principalement en vue la preuve de l'origine du testament.

La deuxième conclusion est la suivante : Il est absolument nécessaire que le *testament tout entier* soit écrit de la main du testateur. Un auteur allemand, Cosack (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, p. 687) soutient que le Code civil français est le seul qui exige pour la validité du testament olographe qu'il soit écrit « personnellement » en entier par le testateur, tandis que le texte précité du BGB. ne contient ni « personnellement » ni « en entier ». Par conséquent, d'après Cosack, des dispositions additionnelles étrangères faites avant la rédaction du testament, de

l'aveu du testateur, dans le texte même du testament, ne nuisent en rien à la validité du testament (Cosack, II, p. 688). Cette opinion n'a heureusement été partagée par aucun autre auteur. Heureusement, disons-nous, car si l'on adoptait cette manière de voir, on arriverait à des résultats funestes pour l'institution du testament olographe. D'ailleurs l'opinion de Cosack est erronée. En effet, le texte du BGB, disant « eine vom Erblasser eigenhändig geschriebene Erklärung » comprend dans l'expression « Erklärung », toutes les dispositions du testament réunies, *le testament tout entier*. Le texte du testament qui contient des dispositions additionnelles étrangères ne correspond donc pas aux exigences du législateur, car alors *toutes les dispositions du testament* ne sont plus écrites « personnellement » par le testateur, sans compter qu'on n'est plus sûr que le testateur ait été libre et n'ait pas été soumis à des influences dolosives étrangères, lors de la rédaction du testament. L'histoire du testament olographe milite également contre l'opinion de Cosack. Le testament olographe a été introduit dans le BGB d'après le Cc. et tel qu'il y était. Le Reichsgericht s'est prononcé plusieurs fois dans ce sens, comme nous allons le voir plus bas. Or, l'exigence d'écriture *personnelle* de *tout le testament* n'est pas contenue seulement dans le Cc. mais aussi

dans les législations antérieures. On la trouve dans les coutumes (V. art. 289 de la Coutume de Paris) et dans l'ordonnance de 1629. L'ordonnance de 1735 exige que les testaments olographes soient « entièrement écrits, datés et signés de la main de celui ou de celles qui les aura faits » (art. 20). Les autres législations étrangères suivent le droit français. Le codice civile, art. 775, dit : « Il testamento olografo deve essere scritto *per intiero* ». Pacifici-Mazzoni (VII, p. 10) dit : « Il testamento deve essere scritto per intiero *in tutte le sue parti* ». Le Cc. autrichien, § 578, dit de même : « Wer schriftlich und ohne Zeugen testieren will, der muss *das T.* eigenhändig schreiben ». Ici le mot « Testament » représente la même idée que l'expression « Erklärung » du BGB. Le texte autrichien est expliqué par Pfaff und Hofman (IV p. 144) : « *das T.* muss *durchaus* vom Testator eigenhändig geschrieben sein ». En Autriche l'écriture personnelle de tout le testament est exigée depuis des temps très reculés. Ainsi la « Wiener Stadt-ordnung » de 1526 dit : « *alles* mit seiner aigen Handt lauter schreibt und von kainer andern geschrifft ich tes hinzu gesetzt », la « österreichische Landtafel » s'exprime ainsi : « also dass darinnen kein frembde Schrifft einigemischt ». etc. De même dans « bömische und mährische Landesordnungen » du xvii^e siècle (V. Weingarten, p. 94,

§ 1) : « So ein eigenhändig *durch un durch* geschriebenes Testament ». Dans le même sens les cantons suisses : Solothurn C. G. § 559 : « ... muss den Inhalt derselben *von Anfang bis zum Ende...* eigenhändig schreiben... », Tessin Cc. art. 437 : « I testamenti e codicilli olografi saranno vevoli quando *siano intieramente* scritti... », Fribourg, Cc. art. 794 : « le testament olographe doit être écrit *en entier* », etc. De même le Code civil roumain, art. 859 : « ... écrit *en entier* ». D'ailleurs les doctrines et jurisprudences de tous les pays partagent le même avis.

II. — Il peut arriver parfois qu'un testateur atteint d'une infirmité physique qui l'empêche d'écrire seul, se fasse aider par un tiers d'une manière quelconque ; par exemple le tiers lui dirige la main afin que le testateur écrive exactement sur la ligne. Dans un tel cas, le testament est-il valable ? Oui, parce que le testateur a écrit personnellement le testament et s'est rendu compte de ce qu'il a écrit. (Cas. 28 juin 47, S. 48. I. 216, — 30 avril 1902, S. 1906. I, 319). Le testament est également valable s'il a été écrit d'après un modèle, pourvu que le testateur ait pu lire et comprendre ce qu'il venait d'écrire. (Cas. 20 déc. 58, S. 59. II. 389, Lyon 28 mars 1904, S. 1905, II. 303). Mais si le testateur écrit sous la direction d'un tiers, de telle sorte que l'écriture soit en

réalité celle du tiers, et que le testateur ne soit qu'un instrument passif de ce dernier, alors, le testament n'est pas valable. Et c'est avec raison. Car le testament ne contenant pas les caractères de l'écriture personnelle du testateur, nous ne pouvons pas savoir si le testament est réellement son œuvre (Nancy 22 octobre 1904, S. 1905. II. 163, Venezia, 24 mars 1903, M. 1903, p. 514).

III. — Quelle solution convient-il d'adopter lorsque le testament olographe contient des mots ou interlignes écrits par une main étrangère ? Il faut distinguer selon que l'écriture étrangère a été ajoutée de *l'aveu* ou à *l'insu* du testateur. La doctrine pense et la jurisprudence décide que si le testament contient des intercalations faites par un tiers de *l'aveu* du testateur, il est nul, car en ce cas le testament n'est plus écrit personnellement *en entier* par le testateur et par conséquent ne remplit plus les conditions imposées par la loi. Et ensuite en trouvant l'écriture d'un tiers dans le testament on n'est plus sûr que le testateur a agi en pleine liberté lors de la rédaction du testament. Il suffit donc d'un seul mot écrit d'une main étrangère dans le testament de *l'aveu* du testateur pour que ce testament soit nul (V. Laurent, XIII, n° 172, Coin-Delisle, art. 970, n° 11, Pothier, XXII, p. 94, Troplong, III, n° 1467, Aubry et Rau, VII,

p. 102, Duranton, IX, n° 20, Demolombe, XXI, n° 68, Lomonaco, p. 76, n° 1, Endemann, III, § 27, 2 a., etc.).

L'opinion générale l'admet, dans tous les cas, que les additions étrangères soient antérieures ou postérieures à la rédaction du testament. La jurisprudence française admet la nullité du testament seulement dans les cas où les additions étrangères ont été faites *avant* ou *pendant* la confection du testament ; si, au contraire, elles ont été écrites *après* la rédaction et même *de l'aveu du testateur*, le testament est réputé valable ; seules les dispositions additionnelles, seront nulles et non avenues. (V. Cas. 14 avril 74, S. 74, I, 248, — 16 juillet 78, S. 79, I, 119). Il faut se rallier à cette décision car l'opinion de la doctrine est trop sévère. Il peut arriver qu'un testateur étant malade charge un tiers, après la confection du testament, de mentionner dans le testament quelques détails, par exemple l'adresse du légataire. Il serait injuste d'annuler pour une cause aussi futile le testament tout entier, car le testament étant déjà rédigé *avant* les additions étrangères, nous n'avons dès lors pas à craindre que le testateur subisse une influence quelconque ; il suffit donc d'annuler seulement les additions étrangères. L'opinion de la jurisprudence française doit être admise seulement lors que les additions étrangères *peuvent*

être reconnues comme telles, c'est-à-dire, si l'on peut les distinguer nettement de l'écriture du testateur. Mais lorsque le testament contient des mots ou additions étrangères écrites de telle manière qu'on ne puisse reconnaître quelles sont les dispositions du testateur et celles du tiers, le testament tout en entier est nul, pour vice de forme, car il n'est plus écrit en entier personnellement par le testateur. La distinction incombe au juge du fait.

En ce qui concerne les additions étrangères faites à *l'insu* du testateur, il est clair que le testament reste valable ; ces additions seules seront non avenues. En effet, le testament ayant été rédigé selon les exigences de la loi, on ne peut pas admettre qu'un tiers à qui, par exemple, le testament est confié, puisse faire annuler le testament en y intercalant quelques mots (V. Cas. 17 avril 74, S. 74, I, 248 ; — 16 juillet 78, S. 79, I, 119, Lomonaco, p. 76, n° 1, p. 86, n° 1, Pothier, XXII, p. 95, Laurent, XIII, n° 178. Trib. Bruxelles 25 juillet 94, Pas. 1894. III. 341.

La question de savoir si les additions étrangères ont été effectuées *avant* ou *après* la confection du testament est une question de fait.

Il faut bien remarquer que les additions faites par un autre que le testateur avant ou pendant la rédaction du testament, de l'aveu du testateur,

entraînent la nullité du testament seulement lorsqu'elles ont été insérées dans *le texte même* du testament, si elles en font partie intégrante. Mais lorsqu'elles se trouvent *en dehors du texte* du testament, par exemple après la signature, il est évident qu'elles ne pourraient en aucune manière entraîner la nullité du testament avec lequel elles n'ont aucune liaison et elles ne seront nullement prises en considération.

Un espace plus ou moins étendu laissé libre parmi les différentes dispositions du testament n'a aucune influence sur la validité du testament. Il est possible que le testateur ait eu l'intention de les remplir ultérieurement (V. l'arrêt du KG du 31 mars 1904 dans OLG IX, p. 394).

IV. — Que décider pour le cas où le testament est écrit *sur plusieurs feuilles*? Le testament est toujours valable, que les feuilles soient détachées, ou qu'elles soient reliées, pourvu qu'elles forment un tout indivisible. L'appréciation incombe aux juges du fait (V. Cas. 3 décembre 50, S. 50, I, 780; — 28 mai 94, S. 96, I, 277; — 9 janv. 1900, S. 1901, I, 406, OLG, IX, p. 448, Milano 22 juillet 1898. M. 1899, p. 167 — 1^{er} juillet 1878. M. 1879, p. 330). Il est en effet à craindre qu'une des feuilles composant le testament soit changée ou falsifiée, mais comme la loi ne s'est pas exprimée sur ce point, il appartient au juge du fait de rechercher

si toutes les feuilles ont été écrites vraiment par le testateur et si elles forment une unité, un tout indivisible. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a statué à différentes reprises : 21 juin 42, D. n. 2649 ; — 17 juillet 67, S. 68, I, 35 ; — 9 juin 69, S. 1869, I, 347 ; — 23 mai 94, S. 96, I, 277 ; — 9 janvier 1900, S. 1901, I, 406. (Dans le même sens le KG dans les *Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit* V. p. 163).

Lorsque le testament est rédigé sur plusieurs feuilles, point n'est besoin de dater et soussigner chaque feuille séparément, étant donné que les différentes feuilles ne sont que des parties d'un seul et même testament ; il suffit donc que la date et la signature soient apposées sur une de ces feuilles (V. OLG. Colmar, le 16 novemb. 1904, dans OLG, X, p. 306, Cas. 17 juillet 67, S. 68, I, 35).

V. — En ce qui concerne *le contenu* du testament il faut remarquer le testateur n'est pas tenu d'employer des termes solennels comme « je lègue » ou « je donne », il suffit, pour que le testament soit valable, que l'intention de tester résulte clairement des termes employés par le testateur.

VI. — En dehors de l'écriture personnelle du texte du testament par le testateur, il faut aussi la mention *par le testateur lui-même* du jour de la confection du testament. Le BGB demande en plus la mention du lieu de la confection du testa-

ment, d'où nullité du testament pour vice de forme s'il contient seulement le jour et pas le lieu de la confection du testament ou inversement. Si le lieu, au lieu d'être écrit par le testateur, se trouve imprimé comme c'est l'usage dans les lettres missives employées dans le commerce, le testament est nul pour vice de forme (V. KG, 25 février 1901. OLG. III, p. 377). Mais lorsque le testateur emploie par exemple à l'indication de l'an 1906 les deux premiers chiffres 19 imprimés sur la feuille, cela ne nuit en rien à la validité du testament, car très souvent on écrit seulement les chiffres « 06 » pour indiquer l'an 1906, ce qui est parfaitement suffisant (V. Cas. Milano 19 novembre 1908. M. 6 mars 1909).

VII. — Le testament olographe peut être écrit en toutes langues et en toute espèce d'écriture. Mais il faut naturellement que la langue et l'écriture employées soient comprises par le testateur. Toutefois, il y a à remarquer que plus la langue et l'écriture employées par le testateur seront anormales ou extraordinaires, plus une enquête minutieuse sera nécessaire pour savoir s'il s'agit d'un testament sérieux et réellement voulu comme tel ou s'il s'agit seulement d'une traduction ou copie. Ce sera le cas si, par exemple, un Allemand rédigeant son testament en Allemagne se servait de la langue japonaise ou arabe ; il est

possible en effet que le testateur ait agi de la sorte pour cacher à son entourage le contenu du testament. Cette considération incombe aux juges du fait.

L'écriture personnelle du testament par le testateur étant imposée par la loi, toute rédaction mécanique, comme par exemple par lithographie ou machine à écrire est exclue.

Une controverse existe sur le point de savoir si la *sténographie* peut être employée pour l'écriture du testament olographe. Quelques auteurs (Endemann, III, § 27, n. 40, Pfaff-Hofman, II, p. 146, n. 41) n'admettent pas l'emploi de la *sténographie*, soutenant qu'elle n'offre pas la même facilité pour reconnaître les caractères individuels de l'écriture du testateur, comme c'est le cas avec l'écriture employée habituellement, et qu'on ne peut pas savoir s'il s'agit d'une simple copie ou d'un testament véritable. D'après Demolombe (XXI, n. 70) on pourrait l'admettre dans le cas où son emploi serait expliqué par quelque événement exceptionnel, comme par exemple un danger tellement pressant qu'il n'aurait pas laissé au testateur le temps de tracer les caractères alphabétiques.

Nous sommes d'avis que l'emploi de la *sténographie* doit être admis parce qu'on peut distinguer facilement l'individualité de chaque écriture sté-

nographique (Dans le même sens Frommhold, § 2231, 2 a, Ritgen, § 2231, II d., Iastrow, p. 168, Herzfelder, § 2231 A., Strohal, I, p. 62, Dernburg, I, § 136, III). La sténographie, en effet, n'est pas une espèce d'écriture employée d'une manière uniforme; le même système employé par différentes personnes sera assez différent à cause des abréviations variées employées par chacune d'elles, les caractères seront tracés plus ou moins différemment, enfin on peut reconnaître aussi facilement que dans l'écriture ordinaire si les dispositions ont été écrites par le testateur. L'emploi de la sténographie peut être parfois utile, lorsque, par exemple, le testateur a intérêt à cacher le contenu du testament olographe à son entourage. En tout cas, il faudra rechercher si le testateur a vraiment voulu rédiger un testament en employant la sténographie ou s'il s'agit d'une simple copie.

Les auteurs qui approuvent l'emploi de la sténographie pour la confection d'un testament olographe, ne sont pas *tous* d'accord sur le point de savoir si la signature peut également être écrite sténographiquement. Dernburg et Herzfelder exigent que le testateur écrive sa signature dans l'écriture ordinaire; il montrera par cette variation d'écriture qu'il a vraiment voulu que l'acte sténographié soit son testament. Cet argument paraît

assez sérieux. C'est pourquoi nous nous rallions à cette thèse.

Le testament olographe peut être écrit sur n'importe quelle matière ou substance, papier, parchemin, etc. Il peut être écrit sur un calendrier, sur un registre de commerce (Nîmes, 20 janvier 1810, D. testament, n. 131) ou sur un carnet de poche. On peut l'écrire avec de l'encre, au crayon (Aix, 27 janvier 46. S. 48, II, 30) ou une couleur quelconque, etc. Le testament est également valable s'il est écrit partie en crayon, partie avec de l'encre (Besançon, 6 juin 82, S. 83, II, 147).

VIII. — Le testament olographe est-il valable lorsqu'il est écrit sous forme de *lettre missive* ? Jusqu'à l'ordonnance de 1735, tant les pays coutumiers que ceux de droit écrit admettaient la rédaction du testament olographe sous forme de lettre missive. L'art. 3 de l'ordonnance de 1735 vient déclarer nulles les dispositions testamentaires faites sous cette forme : « Voulons aussi que les dispositions qui seront faites par lettres missives, soient regardées comme nulles et de nul effet ». Furgole (I chap. II. Sect. VII, n. 20) explique cette disposition par la difficulté qu'on éprouve à savoir si le testateur en écrivant la lettre missive a voulu en effet qu'elle soit son testament. Contre Demolombe (XXI, n. 125) qui soutient que la prohibition de l'ordonnance concernait seulement les pays de

droit écrit, nous admettons avec Furgole qu'elle visait également les pays coutumiers, et par conséquent tout le royaume. Le Cc. n'ayant pas reproduit la prohibition de l'ordonnance, un testament olographe est valable sous forme de lettre missive. En effet, la loi ne dit pas sur quoi le testament olographe doit être écrit (En France il faut employer du papier timbré. Mais l'emploi de papier non timbré ne nuit en rien à la validité du testament et on encourt seulement une amende de 50 francs, d'après la loi du 2 juillet 1862, art. 12). Aucune des législations étrangères dont nous traitons ne prohibant la rédaction du testament olographe sous forme de lettre missive, la conclusion que nous venons de tirer vaut pour tous ces pays comme pour la France. Toutefois, toutes les législations dont nous parlons exigent, pour la validité du testament olographe sous forme de lettre missive, qu'il ressorte de cette lettre que le testateur a entendu disposer par *la lettre elle-même* ; il ne suffirait donc pas qu'il exprimât en cette lettre, seulement l'intention de disposer d'une manière quelconque. Il appartient au juge de fait de vérifier si cette condition est remplie. (Cas. 13 août 78. S. 80, I, 53 ; — 10 février 79, S. 80, I, 117 ; — 5 février 1900. S. 00, I, 348, KG. 11 juillet 1903, OLG, VIII, p. 282, Anvers, 28 juillet 1904. Pas. 1904, III, 346, Demolombe, XXI, n. 126,

Laurent, XIII, n. 180, Lomonaco, p. 77, n. 24).

IX. — Une controverse existe sur le point de savoir si le testateur peut tester en se référant à un autre écrit qui ne satisfait pas aux conditions de forme requises pour le testament olographe, c'est-à-dire si le testateur peut disposer dans son testament olographe qu'un autre écrit émanant de lui, mais non revêtu des formes nécessaires à un testament olographe, doit être considéré comme son testament?

Laurent (XIX, n. 130) soutient l'affirmative. Il se base sur le fait qu'un testament qui est écrit sur plusieurs feuilles détachées et qui est daté et signé seulement sur la dernière feuille est valable et il dit qu'il en sera de même dans notre cas, où le testateur renvoie pour ses dispositions à un écrit émanant de lui, car alors les choses se passent comme si cet écrit faisait partie du testament même, comme s'il était une clause, un complément du testament olographe. Le testateur ayant rempli les solennités exigées par la loi, le testament est valable.

La thèse soutenue par Laurent n'a pas trouvé d'autres défenseurs. Toute la doctrine est unanime à repousser une telle conclusion (1). Et c'est avec raison. Car en suivant Laurent, on arrive à des

(1) V. Aubry et Rau, VII, § 665, p. 96, Coin-Delisle, art. 967, n. 9, Duranton, IX, n. 12, Troplong, III, n. 1456, etc.

conséquences désastreuses pour l'institution du testament olographe. En effet, la loi a établi des solemnités dont tout testament olographe doit être entouré. En disposant, dans un écrit, sans le dater et signer, le testateur ne remplit pas les exigences de la loi, cet écrit ne peut donc être considéré comme un testament. Le testateur ne peut pas dispenser lui-même l'écrit, qu'il regarde comme son testament, des solemnités exigées par la loi. Et à quels résultats arriverons nous en adoptant cette thèse ! Si on permettait, par exemple, que le nom du légataire soit indiqué sur une simple feuille non datée ni signée, on préparerait un terrain des plus favorables aux fraudes, car l'imitation d'un ou deux mots est très facile. Il en serait de même pour la somme léguée si elle pouvait être indiquée sur une simple feuille non datée et non signée. La thèse de Laurent doit être par conséquent rejetée. Un testament qui renvoie à un autre écrit non revêtu des formes testamentaires est donc valable seulement pour *soi-même*, c'est-à-dire pour les dispositions complètes contenues en lui-même. Quant aux autres dispositions contenues dans l'écrit auquel il renvoie, elles ne comptent pas. Cependant, si le testament olographe qui contient comme dispositions un seul legs ne contient pas le nom du légataire institué ou l'objet légué mais renvoie sur ce point à un autre écrit

non revêtu des solemnités exigées par la loi pour les dispositions testamentaires, le testament tout entier est nul. Il y a pourtant des remarques à faire à ce sujet : si le testateur dispose, par exemple, que le légataire sera celui qui fera une découverte spécifiée ou un travail déterminé, alors le légataire peut être facilement déterminé ; ce sera celui qui accomplira cette œuvre. Ici le testament est complet, donc valable. Par conséquent, toutes les fois que le nom du légataire ou l'objet légué peut être déterminé par le testament *lui-même*, la disposition est valable.

X. — Peut-on exiger *unité de contexte* (*unitas actus*) chez le testament olographe ?

On est unanime à reconnaître, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, qu'on ne peut pas demander unité de contexte au testament olographe (V. Cas. 12 mai 90. S. 92. I, 86, KG. 17 décembre 1900. OLG., II, p. 135, Cas. Palermo, 5 mars 1901, M. 1901, p. 407, Milano, 22 juillet 98. M. 99, p. 167, Cas. Napoli, 7 juin 95, M. 95, p. 914, Laurent, XIII, n. 173, Demolombe, XXI, n. 129, Pfaff und Hofman, p. 150, Pacifici-Mazzoni, VII, p. 27, etc.). Le testateur peut écrire son testament en plusieurs jours, mois ou même années. La loi ne prescrit pas que la rédaction du testament olographe soit effectuée dans un temps déterminé. Et c'est précisément parce que le testament olographe

peut être rédigé dans un espace de temps non défini, que cette forme de testament est généralement plus employée que les autres formes testamentaires. Car c'est un grand avantage que celui de pouvoir réfléchir pendant un temps indéterminé sur toutes les dispositions avant de les fixer sur l'écrit, et de pouvoir conserver toujours avec soi cet écrit et modifier les dispositions y contenues aussi souvent qu'on le veut, enfin de pouvoir tester à tout moment. Pour les personnes malades, spécialement, qui n'ont pas toujours la force d'écrire, c'est un avantage énorme. Nous devons donc conclure que l'exigence de l'unité de contexte est incompatible avec la nature et le but de l'institution du testament olographe.

Quoique le Reichsgericht précise absolument dans l'arrêt mentionné dans RG., XLIII, p. 378, qu'il n'y a pas à demander unité de contexte au testament olographe, il a pourtant conclu indirectement en sens contraire dans des arrêts postérieurs (V. RG. LI, p. 169, LII, p. 277) cités plus bas.

§ 2. — *La signature.*

La signature dans le testament olographe se compose comme dans tout acte sous-seing privé du nom de famille et des prénoms, comme il est d'usage dans la pratique courante. Cependant si le

testateur avait l'habitude de signer toujours autrement, par exemple par le nom ou les prénoms avec un de ses titres (titres de noblesse, fonction administrative, etc.), cette signature dans le testament olographe sera valable. La loi ne dit pas en quoi la signature doit consister, il suffit donc de l'indication du nom sous lequel le défunt était connu dans la société. D'habitude on indique le nom tel qu'il est dans l'acte de naissance, pourtant cette forme n'est pas indispensable. Quel est le but de la signature ? Elle permet de reconnaître l'individualité de la personne qui a rédigé le testament. Ce but est complètement réalisé lorsque le testateur signe le testament comme il signe ses lettres et écrits authentiques ou sous seing-privé. (V. Paris, 7 avril 48, S. 48, II, 217, Milano, 2 septembre 96, M. 96, p. 835, Cas. Torino, 12 juin 1901, M. 1901, p. 905, Dernburg, V, p. 73, Strobal, I, p. 107, Troplong, III, n. 1495, Demolombe, XXI, n. 103, Lomonaco, p. 77, n. 3).

Par la signature on reconnaît l'identité du testateur. Quant au doute qui peut s'élever sur l'identité du testateur par l'indication d'un autre nom que son nom légal, il ne concerne que la question de preuve et non pas la question de forme. Aux débats qui présidèrent à l'élaboration du C.c. autrichien actuellement en vigueur, on a décidé (V. Protokolle au C.c. autrichien, 23 janvier 1804)

que la signature doit consister « dans la désignation dont le défunt s'est toujours servi ».

La signature avec le *pseudonyme* (un nom d'auteur ou d'artiste) et même avec tout autre nom différent du nom réel est donc valable s'il est constaté que le testateur signait habituellement de la sorte et s'il a été aussi connu sous ce nom dans la société. Un cas très discuté fut celui du testament de l'évêque Massillon qui avait signé son testament de ses initiales suivies de l'indication de son rang ecclésiastique : « J. B. évêque de Clermont † ». Le testament fut déclaré valable par la raison que les évêques signent tous leurs actes de la même manière (V. Cas. 23 mars 24, S. 24, I, 245).

Pourtant les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir s'il faut aussi considérer comme valable une signature composée des initiales suivies d'un titre, émanant d'une *toute autre personne privée*. Saintespès-Lescot, IV, n. 1008, Coin-Delisle, n. 40, Marcadé, n. 15, se prononcent pour la validité d'une telle signature émanant de toute personne, car on ne peut pas, d'après eux, admettre une situation privilégiée pour les évêques, et elle sera valable pourvu qu'il soit constaté que le testateur avait toujours signé de la sorte. En sens contraire Grenier, II, n. 244 bis, Demolombe, XXI, n. 109, Duranton, IX, n. 40, Toullier, V,

n. 373. Nous préférons la première solution.

Pour la signature avec un sobriquet, il faut adopter la solution admise pour le pseudonyme.

La doctrine est divisée sur l'admission de la signature comprenant le *prénom* seul. Troplong, III, n. 1495, Marcadé, n. 15, Duranton, IX, n. 39, Dernburg, V, p. 73, soutiennent la validité d'une telle signature. D'autres, Ritgen, § 2231, II, 3 a. etc., refusent de la reconnaître pour valable. La jurisprudence s'est prononcée en majorité pour l'affirmative (*Contra*, OLG. XII, p. 381). Nous concluons à la validité d'une telle signature pourvu que le défunt ait toujours dans ses lettres et autres écrits signé seulement du prénom et qu'il soit ainsi connu dans la société; et que son identité puisse être constatée de cette façon d'une manière indiscutable. Il arrive très souvent que le testateur rédige son testament sous forme de lettre missive et presque toujours s'il s'adresse à ses parents il signera seulement du prénom. Il serait injuste de ne pas valider un pareil testament où l'identité du testateur est hors de doute. D'ailleurs dans un testament olographe rédigé sous forme de lettre missive il nous paraîtrait parfois étrange qu'un père s'adressant à son fils ou un époux à l'autre employât, pour signer, son nom de famille. Si on admet la rédaction du testament olographe sous forme de lettre missive, il faut se contenter

aussi de leurs formes habituelles de rédaction.

Il y a pourtant des doutes très sérieux en ce qui concerne l'admission d'une signature qui ne contient aucun nom ou prénom, mais qui se compose d'une appellation telle que « votre père » ou « ta mère ». Dernburg (V. p. 73) soutient la validité d'une pareille signature en disant que sous une pareille désignation le testateur est suffisamment individualisé pour qu'on puisse le reconnaître. Dans le même sens Glaser, dans *Deutsche Juristische Zeitschrift*. XI, p. 646, dont l'argumentation est d'une grande profondeur. *Contra*, Strohal, I, p. 109. Nous sommes d'opinion qu'il ne faudrait pas admettre en général la validité d'une pareille signature, car elle ne contient aucun nom ou prénom alors que le mot « signature » veut dire l'indication d'un nom ou prénom. Il se présentera alors aussi des doutes sur le point de savoir si le testateur a ainsi achevé définitivement le testament, ou s'il a pensé le finir plus tard en ajoutant sous les mots indiqués son nom ou prénom. On pourrait néanmoins, d'après nous, conclure à la validité d'une pareille signature dans des cas exceptionnels, là où il n'existe aucun doute sur l'identité du testateur et sur son intention bien ferme d'achever de cette manière définitivement son testament. La considération de tous ces points appartient au juge du fait.

La signature du testament consistant en l'indication d'un nom commercial n'est en général pas valable. Pourtant lorsque le testateur commerçant, avait l'habitude d'employer cette signature même dans sa correspondance de famille et dans toute autre correspondance, il faudrait la valider lorsqu'elle est employée dans son testament, pourvu qu'il n'y ait pas de doute sur l'intention sérieuse du testateur de tester de la sorte.

Lorsqu'une signature n'est pas tout à fait lisible, parce que le testateur n'a pas habituellement une écriture bien lisible ou parce qu'il a signé ainsi étant malade ou très âgé, elle est valable pourvu qu'elle soit reconnue comme émanant du testateur (V. Troplong, III, n. 1496, Duranton, IX, n. 41).

La signature doit être naturellement, apposée à la fin du testament. Le Codice civile le dit expressément : « La sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni ».

La signature doit-elle être séparée du texte du testament? Est-elle valable lorsqu'elle est précédée ou suivie d'un ou plusieurs mots, comme par exemple : « Ecrit et signé de moi N. N. » ou « N. N. le 10 avril 1900 à Paris, 15, rue de Rivoli » ? La plupart des auteurs français (V. Merlin, *Rép. Signature*, § 3, art. 5, n. 1 ; Demolombe, XXI, n° 144, Troplong, III, n° 1493, Aubry et Rau, VII, p. 108,

Duranton, IX, n° 42, répondent par une distinction : les mots qui accompagnent la signature sont-ils superflus, la signature est valable, ainsi par exemple s'il est signé : « écrit et signé par moi N. N. » ; au contraire, si les mots accompagnant la signature présentent des dispositions qui devraient faire partie du texte du testament, alors on ne peut plus dire qu'il y a une signature. En tout cas la signature est valable si elle est accompagnée de la date, car la date peut être placée, comme nous le verrons plus tard, même après la signature. Laurent, XIII, n° 277, est d'opinion différente ; il exige que la signature soit séparée du texte du testament.

La jurisprudence française admet généralement la validité d'une pareille signature (V. Pau, 15 février 76, S. 76, II, 238, Cas. 30 mai 77, S. 79, I, 399, Besançon, 19 déc. 77, S. 78, II, 78). Dans le même sens : doctrine et jurisprudence italiennes, Cas. Fiorenza, 3 décembre 1877, Milano, 10 mai 78, Pacifici-Mazzoni, VII, p. 19. La doctrine allemande considère une signature accompagnée de la date, comme bonne et valable (V. Herzfelder, § 2231, Strohal, I, p. 107). En Autriche, Pfaff und Hofman (II, p. 147) n'exige pas que la signature soit séparée du texte du testament et admet sa validité même alors qu'elle est précédée ou suivie de quelques mots comme par exemple : « écrit et signé de moi N. N. le 1^{er} janvier 1870 ».

Nous sommes en général d'avis favorable à la validité de la signature seulement lorsqu'elle est *précédée* de quelques mots et non quand elle en est suivie, à moins que ces mots ne constituent la date. En effet, la signature doit être apposée à la fin de l'acte. Lorsque quelques mots la suivent, nous ne pouvons pas savoir s'il s'agit ici d'une indication du nom du testateur dans le texte même du testament ou d'une véritable signature. Il est parfaitement possible que le testateur n'ait pas fini complètement la rédaction de son testament et qu'il ait voulu le signer encore. On peut admettre tout de même dans des cas exceptionnels la validité d'une signature suivie de quelques mots lorsqu'il est constaté que le testateur signait souvent ainsi et qu'il n'y a pas de doute sur l'intention du testateur d'avoir voulu achever son testament. C'est une question de fait.

Du point de vue de la situation locale, la signature doit avoir comme place la fin du texte du testament. Peu importe qu'il y ait une distance plus ou moins grande entre elle et le texte du testament. Mais il doit y avoir une corrélation entre ces deux éléments du testament. V. un cas longuement commenté dans Pfaff und Hofman, p. 147, nota 54).

La signature apposée sur l'enveloppe dans laquelle se trouve le testament est-elle suffisante

lorsque le testament lui-même n'a pas été signé ? Ça dépend de la relation qu'a l'enveloppe avec l'acte qu'elle contient. Si l'écriture qui se trouve sur l'enveloppe est seulement *une continuation* de l'acte qu'elle enferme, si elle le termine, la signature sur l'enveloppe suffit, car il y a alors une corrélation entre l'acte et l'enveloppe (Dans ce sens Cas. 17 mai 1900. S. 1900. II, 137, OLG. Colmar, 16 novembre 1904, dans OLG. X, p. 306. Au contraire, la signature de l'enveloppe n'est pas suffisante lorsque l'acte antérieur est par lui-même terminé mais non signé; tandis que l'enveloppe porte la signature du testateur accompagnée peut-être de quelques mots insignifiants comme par exemple : « Ceci est mon testament, N.N. », car il n'existe pas une corrélation entre l'acte et l'enveloppe. Nous n'avons donc pas dans ce cas un testament car l'acte qui doit former le testament n'est pas signé, il ne correspond donc pas aux exigences de la loi. Dans ce sens Pfaff und Hofman, II, p. 147, Endemann, III, p. 118. *Contra* Behagel (p. 513 ss. n° 4) qui admet la validité d'une signature apposée sur l'enveloppe dans tous les cas. Le Reichsgericht en approuvant un arrêt du OLG. Colmar a refusé dans un arrêt du 18 mai 1905 (RG. LXI, p. 7 ss.) de valider un testament olographe non signé dont l'enveloppe portait la signature du testateur précédée

des mots suivants : « Voilà mon testament, on l'ouvrira quand je serai mort ». Le motif allégué par cet arrêt est que l'écriture sur l'enveloppe n'est pas en corrélation avec les disposition écrites sur l'acte contenu dans l'enveloppe.

En ce qui concerne une signature placée à la marge d'un testament olographe, il y a à faire les mêmes remarques. C'est une question de fait.

§ 3. — *La date.*

1. *Généralités.* — Le mot « date » (allemand « datum ») vient du latin « datum ». A Rome on mettait à la fin d'un écrit les mots : « datum die... » c'est-à-dire « donné le (jour)... ». Le droit romain primitif n'exigeait pas la date. Mais on trouve dans plusieurs endroits l'usage de la date et la Nouvelle 107 prescrit formellement que le *testamentum parentum inter liberos* soit daté. Entre les x^e et xiv^e siècles beaucoup de testaments authentiques ne contiennent comme date que le nom du roi qui régnait alors et très souvent même aucune indication du temps de la rédaction (V. D'Aguesseau, II, p. 103). Les coutumes ne demandaient pas de date. Plusieurs Parlements ont décidé que la mention de la date n'est pas essentielle pour la validité du testament olographe, ainsi le Parlement de Paris,

le 25 juin 1612, le Parlement de Provence, le 19 octobre 1642, et autres (V. Merlin, Rép. Testament, sect. II, § 1, art. 6, 1). C'est seulement l'ordonnance de 1735 qui, la première, a institué la date comme solennité du testament olographe. L'art. 20 disait : « Les testaments, codicilles et dispositions mentionnés dans l'article précédent (il s'agit des testaments olographes) seront entièrement écrits, datés et signés de la main de celui ou celle qui les aura faits ». L'art. 38 : « Tout testaments, codicilles, actes de partage entre enfants et descendants ou autres dispositions à cause de mort, en quelque pays et en quelque forme qu'ils soient faits, contiendront la date des jour, mois et an, et ce encore qu'ils fussent olographes... », art. 47 : « Toutes les dispositions de la présente ordonnance qui concernent la date et la forme des testaments... seront exécutées à peine de nullité... » Le Cc. a également mis la date au rang des solennités du testament olographe.

Qu'est-ce que « dater » ? Que faut-il comprendre par là ? Le Cc. ne le dit pas, il dit seulement le mot « daté ». Plus clairement s'exprimait l'ordonnance de 1735 en disant dans l'art. 38 : « ... la date des jours, mois et an ». De même le Codice civile dit, art. 775, 2 : « La date del testamento deve indicare il giorno, il mese e l'anno ». De même Solothurn, C.G. § 559, Tessin C.C. art. 4,

37. Le BGB. demande l'indication du « jour ». Il faut donc comprendre sous « date » l'indication de l'an, du mois et du jour de la rédaction du testament (V. Cas. 31 janvier 59. S. 59, I, 337 ; — 31 juillet 60, S. 60, I, 269 ; — 19 mai 89. S. 91, I, 261 ; — 7 mars 98. S. 98, I, 320 ; — Demolombe, XXI, n° 75 ss., Laurent, XIII. n° 189-192).

La date ne doit pas être indiquée d'une manière solennelle, en d'autres termes il n'est pas nécessaire de l'indiquer exactement d'après le calendrier, comme par exemple : « 1^{er} janvier 1900 », mais on peut le faire de toute autre manière, pourvu qu'on puisse reconnaître par elle le jour précis de la rédaction du testament (V. Bruxelles, 23 août 46, Pas. 47, II, 94 ; — 1^{er} juin 59, Pas. 60, II, 69, Brescia, 25 novembre 78, M. 79, p. 232, Laurent, XIII, n° 189, Lomonaco, p. 87). Ainsi elle peut être suppléée par l'indication d'un événement historique connu, d'une fête nationale ou religieuse, etc., comme par exemple, « le 1^{er} jour de Pâques 1900 », ou « Rédigé par moi le jour de la mort de ma femme, » ou « cette journée de Saint-Roch, 1876 », etc... Mais *une date* doit être indiquée. Et d'après nous il ne suffira pas qu'on la puisse seulement déterminer d'après les dispositions du testament sans qu'elle y soit expressément mentionnée, ce qui est soutenu par Saintespès-Lescot (n° 1000). Car la loi exige une indication

expresse de la date dans le testament comme formalité essentielle.

La date peut être écrite en chiffres ou en lettres et d'après tout calendrier. Un testament peut contenir aussi plusieurs dates, par exemple une au commencement du testament et l'autre à la fin ; de même une date ainsi indiquée est valable, « écrit le 5 et 8 octobre 1900 ». (Bruges, 24 juillet 99. Pas. 99, III, 294).

La date peut être apposée en tout lieu, au commencement, au milieu ou à la fin de l'acte. La loi ne contient pas de dispositions spéciales à ce point de vue. Il suffit qu'on puisse la reconnaître et qu'elle se rapporte à toutes les dispositions du testament (Cas. 11 mars 1831. S. 31, I, 189 ; — 7 juillet 69, I, 499. Cas. Torino, 30 janvier 79, M. 79, p. 157. Cas. Roma, 4 mai, 1901, M. 01, p. 643). En ce qui concerne la relation, la date avec la signature, plusieurs auteurs (Laurent, XIII, n° 211, Grenier, II, p. 509, Toullier, V, n° 375, Endemann, III, p. 118, nota 12, Pacifici-Mazzoni, VII, p. 19) pensent que la date doit précéder toujours la signature. La date, d'après eux, est une partie du testament et comme telle doit être signée afin qu'elle apparaisse comme ayant été certainement écrite par le testateur. Mais la grande majorité de la doctrine est en sens contraire (V. Duranton, IX, n° 39, Demolombe, XXI, n° 116, Marcadé, p. 7, Dernburg, V, p. 74) et soutient que la

date peut aussi suivre la signature, pourvu qu'elle soit en corrélation avec l'acte tout entier. La jurisprudence décide dans le même sens, Paris, 13 août 11, Bordeaux, 12 janvier, 25, 9 mai 25, V. D. Testament, n° 158, Besançon, 19 décembre, 77, S. 78, II, 78, Cas. 9 janvier 1900. S. 1901, I, 406, OLG. Hamburg dans OLG. XIV, p. 289, KG. 17 décembre 1900 dans OLG, II, p. 135, RG. 13 octobre 1902. RG. LII, p. 277, Cas. Torino, 30 janvier 79, M., 79, p. 157, Milano, 10 mai 78, M., 78, p. 521, Cas. Palermo, 5 mars, 1901, M., 1901, p. 407, Cas. Palermo, 5 avril 1902, M., 1902, p. 868. — Appel Palermo, 6 septembre 1902, M., 1903, p. 533. — Appel Milano, 2 juillet 1902, M., 1903, p. 192).

D'après nous, c'est pousser le formalisme trop loin que de demander que la date précède absolument la signature ; c'est introduire une exigence qui n'est nulle part indiquée dans la loi. Il ne faut pas faire des solennités exigées par la loi une chaîne capable d'empêcher le testateur de tester en lui faisant craindre qu'un formalisme excessif trouve toujours dans son testament des prétendues irrégularités suffisantes pour annuler l'acte. La question du lieu où la date doit être placée a été nommée avec raison par Troplong (III, n. 1491) « des misères de Jurisprudence ». Nous discuterons d'ailleurs plus amplement cette question.

Sur le point de savoir si la date peut être placée

sur l'enveloppe du testament, il faut donner la même solution que pour la signature (V. Paris, 3 juin 67, S. 68, II, 178, Cas. 9 janvier 1900, S., 1901, I, 406).

Faut-il indiquer dans la date aussi le *lieu* de la rédaction du testament olographe ou seulement le *temps*?

Le droit *français* n'exige pas l'indication du lieu. L'ordonnance de 1735 ne l'avait pas exigée et le Code civil n'a pas disposé autrement. On peut naturellement indiquer aussi le lieu de la rédaction, mais cette indication est facultative et superflue. Si donc l'indication du lieu n'est pas vraie, le testament reste néanmoins valable (Demolombe, XXI, n. 78, Toullier, V, 368, Pothier, XXII, p. 96).

— Le droit *belge* se prononce dans le même sens.

— Le droit *badois*, qui avait adopté entièrement le Code Napoléon, demandait au contraire l'indication du lieu (V. Brauer, p. 590, Behagel, p. 513).

Dans le droit *italien*, comme dans le droit français, l'indication du *lieu* n'est pas exigée (V. Lomonaco, p. 78, Pacifici-Mazzonni, VII, p. 15, Cas. Roma, 13 mai 1901, M. 1901, p. 784). Dans le droit *roumain* nous ne trouvons pas davantage cette exigence (V. Cas. roumaine, 20 septembre 1888).

Le Code civil *allemand* (§ 2231, 2) demande, comme

nous l'avons déjà dit, l'indication du lieu de la rédaction du testament. Elle ne doit pas consister dans la mention d'une ville ou d'une commune, il suffit d'un lieu quel qu'il soit. Ainsi sont suffisantes la mention d'un château, d'une villa, ou : « au bord du bateau « Deutschland » « sur la route Hambourg vers New-York » ou « dans le train entre Hambourg et Berlin », etc. (V. Dernburg, V, p. 73). Il arrive parfois qu'un testateur ne peut pas indiquer le lieu parce qu'il ne le connaît pas ; c'est ce qui se produira, par exemple, lorsqu'un testateur qui est victime d'un accident dans une excursion dans les montagnes y teste et ne connaît pas le lieu où il se trouve. Ici il suffira de l'indication de la dernière étape du testateur connue par lui.

La Kammergericht a décidé, le 17 mars 1902 (OLG., V, p. 34), que l'indication du domicile (ou de la résidence) du testateur ne supplée pas celle du lieu de la rédaction du testament et le testament est donc nul lorsqu'il n'indique pas le lieu *de sa rédaction*.

En ce qui concerne le placement du lieu dans le testament, il faut dire la même chose que pour le temps. Mais la mention du lieu peut être faite séparément de celle du temps.

II. *La question de la date*. — Le BGB (§ 2231, 2) demande « une déclaration personnellement écrite

et signée avec l'indication du jour et du lieu » (« eine unter Angabe des Tages und Ortes eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung »), le Cc. dit (art. 970): « Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est... daté... » (*idem* Cc. belge, V. aussi Cc. italien). De ces courtes indications nous pouvons conclure seulement que la date doit indiquer le *jour*, (d'après le BGB il faut indiquer aussi le *lieu*). Plusieurs questions se posent alors : 1° *quel jour* doit indiquer la date ? ; 2° en supposant ce jour déterminé, faut-il absolument que ce jour soit indiqué *sous peine de nullité du testament*, en d'autres termes, si le testateur a daté le testament d'un jour différent que celui requis par la loi, quelle est la sanction ? Généralement, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, il est dit que le testament doit contenir la date de sa *rédaction*. Mais on n'est pas fixé sur le moment auquel un testament peut être considéré comme « rédigé », on n'est donc pas d'accord sur le jour qui doit être mentionné. De même il y a divergence d'opinions sur la sanction qui doit être appliquée, lorsque le testament contient une *autre* date, c'est-à-dire quand il est daté d'un *autre* jour (et lieu) que celui de la rédaction du testament. Enfin, il règne une confusion énorme et générale sur ces questions, née spécialement de l'obscurité de l'expression de la loi.

Comme sur ces points il existe de nombreuses opinions différentes tant en France qu'en Allemagne, Belgique et Italie, nous allons faire l'exposé de ces opinions ; nous indiquerons ensuite la solution qui nous paraît la meilleure.

Droit français. — Nous avons établi plus haut que dans l'institution du testament olographe on ne doit pas, et l'on ne peut pas demander l'unité de rédaction. En écrivant donc aujourd'hui une partie de l'acte, demain une autre et en le finissant quelques jours ou quelques mois après, quelle date dois-je indiquer ? Faut-il dater chaque partie du jour où elle a été écrite et mentionner aussi le jour où j'ai signé l'acte ? Autre question : j'écris aujourd'hui mon testament, puis-je le dater 10 jours après ? Ensuite : en écrivant aujourd'hui le testament que j'ai daté aussi au commencement de ce jour, puis-je le signer demain ? Et en apposant la signature le lendemain du jour où le testament a été écrit et daté, cette date suffit-elle pour le testament tout entier ou faut-il encore indiquer en plus la date de la signature, c'est-à-dire du jour où le testament a été signé ? Toutes ces questions ont été résolues par la doctrine et par la jurisprudence et presque unanimement dans le même sens (c'est pourquoi nous allons, pour la simplification de l'exposé, dénommer cette solution « la théorie française »). Le testament doit contenir la date de

sa *rédaction*. Mais le testament n'est pas considéré comme *rédigé* seulement par *l'écriture du texte*; il faut encore la *signature* du texte. Tant que le texte n'est pas signé, il n'y a pas de testament mais une simple copie, et *c'est par la signature du texte seulement que l'acte devient un testament*, parce que le testateur exprime par la signature sa volonté que cet acte soit considéré comme étant son testament. Le testament est donc « rédigé » lorsqu'il est *signé* et la date doit par conséquent exprimer le jour de la *signature*. En résumant, on peut dire que la date est exacte seulement lorsqu'elle indique le jour de la *signature* (Saintes-pès-Lescot, n. 1006 ; Grenier, II, n. 228 *bis*; Merlin, Rép. testament, sect. 2, § 1, art. 6, n. 9 et 10 ; Troplong, III, n. 1479 ; Demolombe, XXI, n. 72 ; Duranton, IX, n. 79 ; Toullier, V, n. 362 etc.).

Voilà donc résolue la question de savoir quelle date le testament doit contenir ; quelle est la solution à adopter lorsque cette date n'est pas *exacte*, c'est-à-dire lorsqu'elle n'indique pas le jour *vérifiable* de la signature, donc de la rédaction du testament ? La théorie française partage les cas d'inexactitude de la date en deux catégories : on distingue entre une date *fausse* et une date *erronée* ou incomplète.

α. Une date est considérée comme *fausse* lorsque le testateur indique *intentionnellement* une autre

date que celle de la rédaction, c'est-à-dire lorsque le testament est anti-daté ou post-daté. Dans un tel cas le testament est nul, car une date fausse équivaut à une absence de date, et un testament qui n'est pas daté ne satisfait pas aux exigences de la loi. La constatation de l'intention, de la volonté du testateur d'indiquer une date inexacte est une question de fait. Ainsi considère-t-on, par exemple, une date comme *fausse* lorsque ce testament révoque un autre testament qui est daté d'une date *postérieure* ou quand le testament est daté d'un jour qui est postérieur à celui de la mort du testateur. De même une date est considérée comme fausse lorsque il est parlé dans le testament de faits qui se sont passés après la date du testament, c'est-à-dire quand la date est en contradiction avec les dispositions du testament ; sauf le cas où une telle contradiction peut être expliquée par des circonstances spéciales, et où le testament reste alors valable (V. un tel cas dans l'arrêt de Cas. 29 avril 50. S. 50, I, 529).

La date est encore considérée comme fausse lorsque le testament écrit sur papier timbré est daté d'une date antérieure à celle qu'indique le filigrane du papier (c'est-à-dire à la date où le papier timbré a été émis) (Cas. 12 février 1906, D. 07, I, 247). En résumé, la théorie française considère une date comme *fausse* lorsqu'il ressort des

dispositions du testament que cette date n'est pas celle du jour de la rédaction du testament et qu'elle a été ainsi indiquée *volontairement* par le testateur, ce qui est toujours présumé, à moins *qu'il y ait lieu* de croire que le testateur a été l'objet d'une erreur. Dans les cas cités plus haut, la date est considérée comme indiquée *volontairement* telle par le testateur, et par conséquent *fausse*; donc le testament est nul, sans qu'il y ait lieu d'envisager la cause qui a poussé le testateur à dater inexactement, soit qu'il ait voulu produire lui-même la nullité du testament parce qu'il avait dû rédiger le testament sous une pression étrangère, soit pour toute autre cause. La date fausse n'étant pas celle de la *rédaction du testament*, elle ne correspond pas aux exigences de la loi (Cas: 11 janvier 86, S. 86, I, 337; — 20 juillet 86, S. 86, I, 412; — 8 janvier 90, S. 90, I, 409; — 11 juin 1902, S. 1903, I, 417).

β. La date est considérée comme *inexacte* lorsqu'elle est différente de celle de la rédaction du testament, mais a été donnée telle par suite d'une *erreur* ou *inadvertance* du testateur, c'est-à-dire *involontairement*. Comment pourrait-on le reconnaître? Une date est inexacte lorsqu'elle est *incertaine*, ainsi par exemple lorsque le testament est daté « jeudi le 1^{er} février 1890 », tandis que le 1^{er} février 1890 était en réalité un *Vendredi*. Ici

la date est incertaine parce qu'on ne sait pas si c'était jeudi ou vendredi le 1^{er} février 1890 que le testament a été rédigé. Une date est aussi incertaine lorsque le testateur mentionne au-dessus de la date primitive une autre date sans rayer la première, parce qu'on ne sait pas alors le jour exact de la rédaction du testament. La date est inexacte aussi dans le cas où le testateur écrit par exemple au lieu de « 15 janvier 1890 » la date « 15 janvier 1190 ». L'inexactitude de la date peut encore apparaître d'une autre manière. Si le testateur indique comme date, par exemple, le 1^{er} mars 1904 et écrit dans le texte du testament qu'il a rédigé son testament le jour de l'anniversaire de sa 60^e année, la date est alors inexacte lorsqu'il est constaté que l'anniversaire de sa 60^e année depuis la naissance est en réalité un autre jour que celui indiqué par la date. Quelle est la sanction dans tous ces cas ?

On distingue deux hypothèses : 1^o Lorsqu'une date est inexacte et qu'on ne peut pas reconnaître *dans le testament même* la vraie date, le testament est nul (Cas. 19 février 18, S. 18, I, 176 ; — 21 juin 21, S. 21, I, 339 ; — 26 décembre 32, S. 33, I, 11 ; — 2 janvier 38, S. 38, I, 182 ; — 5 janvier 39, S. 39, I, 433 ; — Rouen 14 avril 47. S. 48, 2, 447 ; Cas. 12 février 1906. S.).

2^o Lorsqu'une date est inexacte, mais que la

vraie date apparaît *du testament lui-même* (ex testamento non aliunde), le testament est valable (Cas. 15 février 18, S. 18, I, 176 ; — 12 juin 21, S. 21, I, 339 ; — 2 mars 30, S. 30, I, 231 ; — 3 mars 46, S. 46, I, 565 ; — 8 mai 55, S. 55, I, 327 ; — 11 mai 64, S. 64, I, 233 ; — 28 juin 69, S. 70, I, 16, 4 février 79, S. 79, I, 102 ; — 10 décembre 79, S. 80, I, 349 ; — 9 juillet 85, S. 88, I, 479 ; — 20 févr. 89, S. 89, I, 265 ; — 16 juillet 95, S. 95, I, 347 ; — 31 mars 96, S. 97, I, 408 ; — 9 janvier 1900, S. 01, I, 406 ; — 13 janv. 1902, S. 1902, I, 138 ; — 21 février 1906, S.).

Il faut qu'on puisse reconnaître dans le testament même le jour *précis* de la rédaction du testament et non pas seulement une certaine époque plus ou moins rapprochée du vrai jour de la rédaction du testament (Cas. 31 janv. 59, S. 59, I, 337 ; — 14 mai 67, I. 236 ; — 13 mars 83, S. 83, I, 317). Le juge peut recourir aussi à des preuves extrinsèques pour rectifier la date, mais seulement à titre accessoire ; la preuve elle-même, sa base, doit être contenu *dans le testament* (Cas. 4 novembre 57, S. 58, I, 33 ; — 11 janv. 86, S. 86, I, 337).

Quant à la question de savoir si la vraie date peut être reconnue du testament lui-même ou d'éléments étrangers, c'est une question de fait (V. Cas. 18 novembre 56, S. 57, I, 272 ; — 18 au-

gust. 95, S. 60, I, 139 ; — 29 novembre 82, S. 83, I, 157).

Des exemples cités plus haut, il faut conclure dans les deux premiers cas à la nullité du testament parce que la date est inexacte, quoique cette inexactitude est causée par une erreur du testateur, mais on ne peut pas reconnaître du contenu du testament la vraie date. Au contraire, dans les deux autres cas le testament est valable parce que la vraie date est contenue dans le testament lui-même. En effet, dans le testament daté « 15 janvier 1190 » on peut reconnaître tout de suite par des nombreux arguments que le testament a été rédigé en 1890 et non en 1190, enfin dans le dernier cas on peut reconnaître la date à l'aide de l'acte de naissance.

La théorie française explique l'exigence de l'exactitude de la date par différents arguments. On peut reconnaître d'après la date si le testateur a été capable de tester à la rédaction du testament et s'il n'a pas été pendant ce temps sous l'influence de manœuvres dolosives exercées sur lui. Ensuite, s'il y a en présence plusieurs testaments on peut reconnaître quel est le premier et quel est le dernier, ce qui a une grande importance. D'ailleurs, le législateur en exigeant que le testament soit daté, n'a pas entendu se contenter d'une date quelconque. Le cas où la date est fausse ou inexacte équivaut à celui où il y a manque de

date. Et un testament qui n'est pas daté, ne répond pas aux exigences de la loi, il est donc nul ou pour mieux dire inexistant. Au contraire, si l'inexactitude de la date est causée par une *erreur* et que la vraie date soit contenue dans le testament lui-même, alors le testament est daté parce que nous avons la vraie date qui peut être d'après la loi apposée en tout lieu ; le testament est donc valable.

Quoique il y ait presque unanimité en ce qui concerne la solution à donner dans le cas d'inexactitude de date, il y a des cas qui sont considérés comme exceptionnels et qui ont été résolus d'autre manière par quelques auteurs. Prenons le cas suivant : Supposons qu'une personne ayant rédigé son testament sur papier timbré craigne quelque temps après, pour une cause quelconque, que le manuscrit ne puisse se conserver intact ou que, voulant avoir plusieurs exemplaires de son testament pour éviter qu'il ne se perde, le recopie sur un autre papier timbré. Et comme elle ne veut rien modifier, elle l'écrit exactement comme dans l'acte primitif, en employant les mêmes mots et la même date ; elle fait le tout involontairement et, si elle le fait intentionnellement, c'est alors pour montrer qu'il s'agit d'un testament antérieur et non pas d'une nouvelle rédaction. Supposons qu'elle recopie, en 1904, le testa-

ment antérieur, daté de l'an 1900. Le testament est-il valable ? En appliquant ici le raisonnement de la théorie française, la date est fausse, car le filigrane montre que le papier timbré sur lequel le testament est écrit a été émis en 1904, tandis que le testament porte la date de l'an 1900 ; la date étant fausse, le testament est nul. Ce sera la solution générale. Pourtant Demolombe XXI, n. 100, traite ce cas comme une exception en soutenant que le testament est valable, car il ne s'agit pas ici d'une nouvelle rédaction. Mais ce n'est pas seulement ici, que Demolombe s'écarte de la théorie française. Après avoir exposé cette théorie et s'être déclaré dans le même sens il soutient (n. 87) que l'indication d'une post-date, c'est-à-dire d'une date postérieure à celle de la rédaction du testament, ne nuit en rien à la validité du testament. « Aucun texte de loi, d'ailleurs, ne défend de post-dater le testament et d'en suspendre l'effet jusqu'à une époque future, dont le disposant lui donne par avance la date, car de deux choses l'une : ou il survivra ; et dans ce cas la date sera exacte, puisqu'il sera réputé l'avoir écrite, en effet, à cette époque ; ou il mourra avant cette époque ; et alors le testament sera nul, conformément à sa propre volonté ». L'opinion de Demolombe n'a pas été partagée par d'autres auteurs.

Une théorie tout à fait contraire à la théorie

française a été soutenue et exposée par R. Saleilles dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1904. Saleilles est le seul auteur français qui (après une étude approfondie et pleine d'arguments puissants) conclut que la date dans le testament olographe peut être une date quelconque, qu'il a plu au testateur d'indiquer ; cette solution est également donnée par la jurisprudence belge, comme nous allons le voir plus bas.

Droit belge. — En examinant la question de la date en Belgique, nous pouvons constater ici une divergence entre la doctrine et la jurisprudence. La Cour de cassation belge a émis une solution tout à fait contraire à celle de la théorie française, solution qui gagne de plus en plus de terrain dans tous les pays et qui tend à se généraliser partout. D'après cette théorie (que nous allons dénommer, pour plus de clarté dans notre exposé « la théorie belge ») la date est un élément tout à fait indépendant de la rédaction du testament et elle est toujours considérée exacte lorsqu'elle a été indiquée par le testateur ; en d'autres termes, le testateur peut indiquer toute date qui lui plaît. La date forme donc une partie des dispositions de dernière volonté du testateur. Les conséquences sont les suivantes : la date peut être différente tant de celle de la signature que de celle du jour où le testateur a daté son testament. Elle est en tout

cas exacte parce qu'elle est celle que le testateur a voulu indiquer. Il n'existe donc plus ni de date fausse, ni de date inexacte, ni d'indication volontaire ou non d'une date inexacte, que la théorie française se plaît à distinguer (V. Cas. belge, 2 avril 1857, Pas. 1857, I, 234 ; — 26 mars 1875, Pas. 1875, I, 29 ; — 14 mars 1895, Pas. 1895, I, 119 ; — de même Bruxelles, 11 octobre 1890, Pas. 1891, II, 162 ; — 8 mai 1901. Pas. 1902, II, 65 ; — Gand, 2 avril 1902. Pas. 1902, II, 359). Le tout naturellement pourvu qu'il n'existe pas de présomption que le testateur a été sous l'influence de manœuvres dolosives pendant la rédaction et qu'il n'y ait pas de doute sur sa capacité à cette époque, ce qui est dit d'ailleurs dans tous les arrêts. Ainsi la Cour de cassation belge dit dans son arrêt du 2 avril 1857 (Pas. 1857, I, 234) : « En prescrivant que le testament soit écrit, daté et signé de la main du testateur, la loi ne limite d'aucune manière le droit du testateur de donner à l'acte qui renferme ses dernières volontés telle date qu'il juge convenir ; d'où la conséquence qu'il peut même l'anti-dater sans que par là le testament soit vicié, pourvu qu'au moment où il a testé aussi qu'à la date indiquée, il ait été capable, qu'il ait agi librement et que la date apposée n'ait pas été le résultat du dol et de la fraude ».

Cependant bien que le testateur puisse indiquer

n'importe quelle date, il faut remarquer qu'il ne peut pas dater son testament d'un jour où il a été *incapable*. Car alors on considère le testament comme ayant été rédigé pendant l'incapacité du testateur et il est nul sans qu'il ait lieu d'admettre la preuve qu'en réalité le testateur l'a rédigé étant capable. De même si une anti-date ou post-date peut être indiquée, une date *incertaine* ou *incomplète* ne suffira pas et emportera la nullité du testament, car on ne pourrait pas distinguer la date que le testateur a désigné pour représenter le temps de la rédaction du testament (V. Bruxelles, 8 mai 1901. Pas. 1902, II, 65 ; —Charleroi, 14 décembre 1900, Pas. 1901, III, 86).

La doctrine belge n'a pas adopté en général la théorie de la jurisprudence, mais elle se rallie à la solution donnée par la doctrine et jurisprudence française. Laurent (XIII, n° 202) combat la théorie belge. La loi, d'après lui, demande une date exacte afin qu'on puisse reconnaître si le testateur a été capable et libre de toute influence étrangère pendant la rédaction du testament. Si quelqu'un donne à son testament une anti-date, alors le but que la loi a envisagé en demandant une date ne peut plus être atteint. La théorie belge présente d'ailleurs un autre inconvénient en obligeant l'héritier qui veut attaquer le testament pour incapacité du testateur ou pour emploi de manœuvres

frauduleuses d'apporter une double preuve ; alors que, d'après la théorie française, il devait prouver seulement que le testament n'a pas été réellement rédigé dans le temps indiqué par sa date, il a à prouver d'après la théorie belge d'abord que la date indiquée dans le testament n'est pas la vraie date de la rédaction et, après avoir démontré et fait constater la vraie date du testament, il doit en outre prouver que le testateur a été dans ce temps-là incapable ou sous l'influence de manœuvres dolosives. Voilà qui alourdit le fardeau de la preuve qui pèse sur l'héritier et le gêne considérablement dans la poursuite de ses droits. Aussi Laurent estime-t-il que seule la théorie française est admissible.

Droit italien. — Le Code civil italien qui explique, comme nous l'avons vu, beaucoup plus clairement ce qu'il faut entendre par « date », omet aussi de mentionner quelle date doit être indiquée et comment elle doit l'être. Sur ces points il existe des opinions très différentes tant dans la doctrine que dans la jurisprudence et on n'est pas même arrivé jusqu'ici à une solution qu'on pourrait dire prépondérante. Parmi les auteurs, Lomonaco (p. 86) conclut à la nullité du testament si la date n'est pas exacte, car la loi ne demande pas seulement l'indication d'une date mais aussi que cette date indique exactement le jour où le

testament a été terminé. C'est seulement de cette manière qu'on pourra reconnaître si le testateur a été capable pendant la rédaction du testament et, lorsqu'il y a plusieurs testaments, lequel a été rédigé plus tôt ou plus tard. Lomonaco dit plus loin (p. 87) qu'il n'est pas nécessaire que la date soit indiquée en même temps que la signature. Les auteurs qui prétendent que la date doit indiquer le jour de la signature demandent quelque chose qui n'est pas mentionné dans la loi car il est reconnu que l'*unitas contextus* n'est pas exigée dans le testament olographe. Lomonaco considère donc le testament comme rédigé lorsque, étant déjà écrit et signé, la date vient à être mentionnée et la date est exacte lorsqu'elle indique le jour de son apposition dans le testament sans qu'il y ait lieu d'examiner si elle correspond avec le jour de la signature ou de l'écriture du texte. Lomonaco cite plusieurs arrêts des Cours de cassation italiennes qui s'expriment dans le même sens, ainsi Cas. Turin, 30 janvier 79, etc. Par contre, Vitali (Successioni, III, p. 405 ss.) admet la validité d'une post-date mais conclut à la nullité du testament lorsqu'il est anti-daté. D'après lui, la date ne doit donc correspondre toujours ni avec le jour de son indication ni avec celui de la signature. Pacifici-Mazzoni (VII, p. 47) regarde le testament comme nul lorsqu'il ne contient pas

mentionnée expressément la date même, alors qu'on peut reconnaître très facilement la vraie date d'après les dispositions du testament. Toute date fausse ou inexacte entraîne la nullité du testament. Mais le testament reste valable, même quand il contient une date erronée, lorsqu'on peut reconnaître la vraie date du testament lui-même. D'après Pacifici-Mazzoni, la date doit indiquer le jour où elle a été apposée, c'est dans ce sens que la date doit être exacte. Donc si la date a été indiquée au commencement de l'acte, alors le texte et la signature peuvent être écrits à un jour postérieur sans qu'il soit besoin d'une nouvelle date.

Dans la jurisprudence italienne nous trouvons des opinions très différentes. La Cour de cass. de Turin dit, dans un arrêt du 21 janvier 76 (M. 76, p. 242) que, dans le cas de défaut absolu de date ou de date fausse, comme on ne peut pas rectifier la date, le testament est nul ; mais en cas de date erronée on peut la rectifier mais seulement avec des éléments puisés dans le testament lui-même. Dans le même sens Milano, 25 octobre 99 (M. 1900, p. 44) : « est nul un testament qui ne contient pas l'énonciation du jour de sa rédaction. Pour que cette lacune puisse être suppléée par d'autres moyens de preuves, il faut que la preuve soit faite avec des moyens pris dans le testament lui-même ». En ce qui concerne quelle date on doit

indiquer, l'arrêt de la Cour de cassation de Turin du 30 juin 79 (M. 79, p. 157) dit qu'il n'est pas nécessaire que la date corresponde avec le jour de la signature (V. aussi Cas. Napoli, 7 juin 95. M. 95, p. 914). Dans le même sens la Cour de cass. de Rome, 4 mai 1901, (M. 1901, p. 643) « la circonstance que la date a été écrite dans un temps antérieur à celui où la signature a été apposée, ne nuit pas à la validité du testament ». Dans les motifs nous trouvons les considérants suivants : la date peut être indiquée aussi à un temps postérieur à la signature. La loi ne contient rien qui pourrait faire croire le contraire. La date peut être mise au commencement du testament, même lorsque le testament a été écrit en plusieurs journées. On demande à tort que la date indique le jour de la signature, car si la loi l'avait demandé, elle l'aurait dit. C'est la date que contient le testament qui doit être prise en considération lorsqu'il y a concurrence de plusieurs testaments (V. dans ce sens Venezia, 28 juin 00, M. 1901, p. 911). Dans un sens tout contraire s'exprime la Cour de cass. de Firenze, 9 mars 99 (M. 99, p. 641) : Est nul le testament dont la date est apposée au commencement des dispositions, s'il vient à être prouvé que le testament a été achevé à un jour plus tard que cette date. Dans les motifs : « ... Une vraie date dans le testament olographe ne peut être que celle qui

correspond au jour où le testament est complété par la signature du testateur et non pas une antérieure, parce que c'est alors seulement qu'on peut dire que se manifeste la dernière volonté du testateur, lorsque l'acte vient d'être revêtu de la signature et c'est alors seulement que le testament a acquis son existence juridique quand il est complet, par la date et par la signature du testateur. Le testamentologue ne demande pas, il est vrai, l'*unitas contextu* et peut être rédigé en plusieurs reprises d'après la volonté du testateur mais c'est seulement dans le moment juridique défini plus haut qu'il commence à exister; jusqu'à ce moment il n'est pas un testament mais un simple projet... » Un arrêt de cas., Palermo, 5 mars 1901 (M. 01 p. 407) en répétant que la loi ne demande pas *unitas contextu* dit que la date peut être apposée à un jour postérieur à la signature, mais elle doit indiquer le jour de la signature. Par conséquent d'après cet arrêt le testateur peut dater son testament avant ou après la signature mais la date doit indiquer le jour où le testament a été signé.

Droit allemand. — En Allemagne, nous trouvons une plus grande divergence d'opinions que dans les autres pays. La jurisprudence a dévié très souvent dans ses arrêts. Dans la doctrine, nous trouvons presque autant d'opinions différentes que d'auteurs qui ont écrit sur la question qui nous

occupe. Les uns adoptent la théorie belge, les autres la théorie française, une partie occupent une situation intermédiaire entre ces deux théories et enfin il y a quelques-uns qui sont plus rigoureux que la théorie française. Parlons d'abord de la jurisprudence. Le *Reichsgericht* s'est prononcé dans plusieurs arrêts. Dans un arrêt du 16 juin 82 (R. G., VII, p. 292 ss.) donc avant l'introduction du Code civil allemand il dit : « En ce qui concerne la date, elle doit être exacte car le texte de l'art. 970 (du Code civil français) — le testament olographe sera « daté » — veut dire non pas qu'une date *quelconque* suffise, mais que le testament doit indiquer la date de sa rédaction, car le temps de la rédaction est important en ce qui concerne la question de la révocation d'autres testaments ou la demande d'annulation du testament pour insanité d'esprit ou manque de la liberté nécessaire à la rédaction. Par le péril d'annulation en cas de date inexacte on menace le testateur d'une peine qui sera une *garantie* qu'il indiquera la date vraie. On ne peut pas suivre l'idée émise par la Cour de cassation belge et par le tribunal supérieur de Berlin (*Berliner Obertribunal*, qui comme nous le verrons plus loin, a suivi la théorie belge). Le testament doit contenir la date du jour où il a été fini, c'est-à-dire l'indication du moment où la *signature* a été apposée ». Le *Reichsgericht* ne

maintient pas sa solution car dans un arrêt rendu plus tard (1899) il s'exprime dans un sens tout à fait opposé, (V. RG. XLIII, p. 378). Il s'agissait d'un testament dans lequel la date indiquée « Fürth den 22 mai 1893 » avait été écrite par le testateur à *ce jour*, mais le texte et la signature avaient été écrits plusieurs jours *avant*. Les réclamants se basant alors sur la première décision du Reichsgericht demandaient l'annulation du testament qui ne contenait pas le jour de la *signature* ; le Reichsgericht dit : « Il n'y a pas lieu de suivre cette solution (c'est-à-dire celle exprimée dans le 1^{er} arrêt indiqué plus haut). Du texte de l'art. 970 qui détermine les formalités nécessaires à la validité du testament olographe qui consistent dans l'écriture, signature et l'indication de la date personnellement par le testateur, il ne résulte pas une pareille condition ». Et plus loin : « La section (de la cour) délibérante s'est exprimée dans l'arrêt mentionné par la partie plaignante qu'une date fausse, c'est-à-dire une date qui a été indiquée à un autre jour que celui mentionné dans le testament, entraîne la nullité du testament. Cette décision s'explique spécialement par la considération que le législateur, en établissant que la validité du testament dépend de l'indication de la date par le testateur, a eu notamment en vue la grande importance du moment de la rédaction du testament

tant en ce qui concerne l'efficacité du testament même, qu'en ce qui regarde la question de la validité d'autres dispositions testamentaires du testateur. De ce point de vue, il résulte certainement de l'esprit de la loi que l'exigence de l'indication de la date entraîne avec soi la condition de l'exactitude de la date ». Et après : « Mais tout autrement se présente la question dans le cas actuel. On ne peut dire que la date d'un testament olographe est inexacte seulement parce qu'elle a été apposée à un autre jour et indique un autre jour que celui auquel le testament a été écrit et sous-signé ». Le Reichsgericht conclut après, que l'indication de la date sur un testament déjà écrit et signé représente la dernière partie de la *rédaction* du testament. En examinant cette arrêt nous pouvons voir qu'il est tout à fait contraire tant dans la conclusion que dans les motifs au précédent. Ici la rédaction peut se terminer avec l'indication de la date qui doit indiquer seulement le jour où elle a été apposée sans qu'elle doive correspondre avec celui de la signature (1).

(1) Le Reichsgericht cite Laurent, XIII n. 209, comme s'exprimant dans le même sens. Egalemeut Mantey (V. plus bas) cite Laurent n. 209 comme disant que la date peut être indiquée à un autre jour que la signature et qu'elle doit alors représenter le jour de l'indication de la date. Mais il semble que tant le Reichsgericht que Mantey n'ont pas bien compris les explications du n. 209 de Laurent, car celui-ci ne conclut nullement dans ce sens.

Dans un 3^e arrêt du 14 juin 1892 (RG. XXIX p. 330) le Reichsgericht dit qu'un testament olographe est nul « lorsqu'il est daté d'un autre, jour que celui de sa rédaction ». Mais comme il n'explique pas ce qu'il comprend sous le mot « Abfassung » (rédaction), nous ne pouvons pas prendre en considération cet arrêt.

Après la mise en vigueur du Code civil allemand, le Reichsgericht a statué de nouveau sur notre

Laurent est comme nous l'avons vu, un partisan de la théorie française. D'après lui, la date est inséparable de la signature et lorsqu'il dit que le testament doit être daté à un jour déterminé, il entend que le testament doit être aussi *signé à ce jour*. Dans ses explications, n. 209, il veut seulement démontrer qu'il ne faut pas demander *unitas contextu* mais que le texte peut être écrit à tel moment la date avec la signature à un autre. Les explications du n. 209 sont en réalité un supplément à celles du n. 212. Nous remarquons qu'il parle là toujours de la date et de la signature ensemble et spécialement il parle *du jour* de la date et de la signature et non *des jours* :... « on répond que le défunt n'a réellement testé que *le jour* où il a mis la date et la signature »... « c'est *le jour* de la date et de la signature.... De même le testateur ne doit être capable que *ce jour* car c'est alors qu'il teste. Si *au jour* où il date et signe ». D'ailleurs Laurent parle dans le n. 209 seulement de l'écriture du texte et d'indication postérieure de la date mais pas de l'écriture et de la *signature* : « Mais lorsque le testateur après avoir *écrit* son testament sans le dater... » Il est donc suffisamment clair. Si on examine les arrêts cités par Laurent dans le n. 209 (V. Cas., 15 juillet 46, S. 46, I, 721, Paris, 13 septembre 36 D. Suppl., Testament n. 140), on peut également reconnaître la justesse de notre observation. Laurent examine, dans ses explications du n. 209, la date en rapport avec le *texte* et non avec la *signature*. C'est pour cette cause qu'il parle seulement de la *date*. Laurent a donc été mal compris.

question d'abord dans un arrêt du 8 avril 1902 (RG. LI, p. 169). Il s'agit dans ce cas d'un testament dans lequel le testateur a fait un legs en faveur d'une personne, mais d'après la réclamation du plaignant le nom du légataire aurait été ajouté à un jour postérieur à la date du testament. On se demandait alors si, en cas de preuve affirmative, le testament reste valable. Le Reichsgericht après avoir examiné la source et la rédaction du § 2231, 2 BGB, et avoir conclu qu'on a voulu introduire dans le Code civil allemand le testament olographe tel qu'il a été dans les pays du droit français, remarque que la doctrine et la jurisprudence française demandent « qu'au moins en principe la date doit être exacte » et dit que puisqu'il avait lui-même soutenu dans un arrêt antérieur « le point de vue plus rigoureux encore qui demande absolument une date exacte, il y a lieu de rester à cette conception comme antérieurement pour l'application du droit français, aussi maintenant pour ce qui concerne l'interprétation du § 2231, 2 BGB, ». Le Reichsgericht dit plus loin : « le remplacement du mot « daté », respectivement « mit Ort, Tag und versehen » du droit badois par les mots : « unter Angabe *des* Ortes und Tages » indique que l'intention du législateur est que la date doit être exacte ». Et après disant que « l'indication exacte de la date doit être ainsi comprise

qu'elle doit correspondre avec le contenu entier du testament », il conclut qu'en tous cas la rédaction actuelle du § 2231, 2 BGB, tend vers un accomplissement plus rigoureux des formalités du testament olographe, « en ce sens que le testateur doit être forcé à une indication vraie du jour et du lieu de la rédaction en rapport avec le contenu complet du testament ».

La même année, dans un arrêt du 13 octobre 1902 (RG. LII, p. 277) où il s'agit spécialement du lieu où la signature doit être placée, le Reichsgericht maintient le point de vue exprimé dans l'arrêt du 8 avril 1902 en remarquant que la date doit être exacte dans ce sens « dass das Datum mit den durch die Testamenterrichtung gegebenen Tatumsständen übereinstimmen müsse » (Qu'elle corresponde avec les circonstances résultant de la rédaction du testament).

Des considérants des deux derniers arrêts, il faut conclure que le RG. demande une date exacte dans ce sens qu'elle soit l'indication des jour et lieu où *tout le testament* a été écrit. Il résulte donc que le testament *tout entier* (avec la date et la signature) doit être écrit en *un seul jour* et non dans un délai plus long. En ce point le Reichsgericht se contredit lui-même, car il avait dit dans un arrêt antérieur (RG. XLIII, p. 378), que « la loi n'a pas mis comme condition de validité d'un testa-

ment olographe unité de rédaction avec indication de la date ». Dans un arrêt postérieur du 6 décembre 1906 (RG. LXIV, p. 523 ss.) le RG. paraît suivre la solution de la théorie française en approuvant un arrêt du OLG. Dresden qui avait déclaré valable un testament olographe daté par erreur « 1804 » au lieu de « 1904 ». Dans les motifs le RG. dit que la date ne peut être n'importe quelle, mais qu'elle doit être *exacte* sous peine de nullité. Pourtant, lorsqu'il apparaît que la date a été indiquée inexactement par erreur et que la vraie date peut être reconnue des dispositions du testament, les formalités exigées par la loi sont remplies et le testament reste valable.

Jetant un regard sur les arrêts du Reichsgericht, nous pouvons voir qu'il a émis dans notre question de la date trois opinions différentes sans se prononcer d'une manière ferme. En suivant ces arrêts on se perd dans un labyrinthe d'où on ne sort que difficilement, sans compter qu'ils ne donnent même pas une solution pour tous les cas qui peuvent se présenter.

Dans la question de la date, nous avons à citer aussi quelques arrêts du *Kammergericht* qui sont très remarquables. Dans un premier arrêt il se prononce contre l'idée admise par le Reichsgericht et suit la théorie belge. Il s'agit d'un cas où le testateur avait rédigé son testament à Schla-

chtensee (village près Berlin) et avait indiqué comme lieu de rédaction du testament « Berlin » (Nous avons vu que le Code civil allemand demande comme date aussi l'indication du *lieu* de la rédaction). Ici le KG., dans son arrêt du 7 avril 1902 (OLG. IV p. 424) a admis la validité du testament en disant que la mention du lieu et du temps de la rédaction dépend seulement de la volonté du testateur ; c'est-à-dire que la date est une disposition de volonté (*Willenserklärung*) du testateur parce que le § 2231, 2, ne demande pas que le testament contienne mention des lieu et temps où il a été écrit et signé. Doit donc être considérée comme exacte la date que le testateur *veut* indiquer et, s'il lui plaît d'indiquer une date postérieure à celle de la rédaction du testament, c'est parce qu'il veut que son testament n'ait son efficacité qu'à partir de cette date, ce qu'on ne peut pas lui défendre. Ensuite, le KG., après avoir déclaré qu'il suit l'opinion du RG. émise dans l'arrêt cité dans RG. XLIII, p. 378, que la date n'est pas inexacte lorsqu'elle est indiquée à un autre jour que la signature, dit en ce qui concerne la « rédaction » du testament que le testament est parfait, c'est-à-dire achevé, seulement lorsque le testateur a l'intention de ne plus le modifier. « Il y aura en effet lieu de prendre en considération le jour de la confection finale comme représentant

le jour exact de la rédaction, lorsque, d'après la loi, on ne pouvait pas rédiger ainsi le testament à ce temps et en ce lieu, où le testateur donc ne pouvait pas légalement avoir cette volonté qu'il a exprimé, quand par exemple le testateur a été, à ce temps de rédaction mineur (incapable) et avait daté son testament d'un jour où il était déjà majeur (capable) ou lorsqu'il a rédigé son testament dans un lieu où l'institution du testament olographe n'est pas admise et avait indiqué un lieu où le testament olographe est reconnu. Dans tous ces cas le testament est en effet nul, non pas en violation des formalités prévues dans le § 2231, 2, mais pour des causes matérielles (de fait) ».

Dans un arrêt postérieur, le Kammergericht rejette l'opinion émise plus haut et suit entièrement celle du Reichsgericht. C'est dans un arrêt du 12 octobre 1905 (OLG. XII, p. 375 ss.) que se remarque cet intéressant revirement. Après avoir cité les arrêts du RG. (Vol. VII et LI) qui concluent que la date doit être exacte, il déclare qu'il suit cette opinion. Il explique après l'importance de la date pour le testament, pour savoir en cas de présence de plusieurs testaments quel est le dernier rédigé et aussi pour le cas des §§ 2236, 2, et 2079, BGB. Le KG combat ensuite l'opinion d'après laquelle on ne peut pas exiger une date exacte parce qu'il n'existe pas en réalité un mo-

ment où on pourrait dire que la rédaction du testament est complète et soutient que lorsqu'un acte contient toutes les solennités nécessaires à un testament, il est considéré comme tel ; si on soutient que le testateur n'a pas voulu que cet acte soit considéré comme testament, il faut le prouver, jusque-là il est considéré comme tel. Le KG. conclut en exprimant l'opinion de la « nullité absolue du testament en cas de date inexacte », analogue à celle du RG. (vol. LI et LII).

De l'exposé fait jusqu'ici, nous pouvons conclure que la jurisprudence allemande n'est pas arrivée non plus, dans notre question de la date, à une solution claire et précise.

Passant à la *doctrine allemande*, nous pouvons classer les auteurs qui se sont prononcés dans la question qui nous occupe en plusieurs catégories : premièrement celle qui demande absolument une date exacte, conforme aux conclusions du Reichsgericht mentionnées dans RG. VII. Dans cette catégorie il faut noter spécialement Mantey (dans Gruchot's Zeitschrift, vol. XLIII), Herzfelder (dans le commentaire du BGB. de Staudinger, V, § 2231) et Endemann (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III, p. 119). L'explication la plus détaillée est donnée par Mantey et elle est aussi citée dans les arrêts du Reichsgericht. Mantey essaie d'abord de combattre l'opinion de Strohal (qui dit, comme nous

le verrons plus bas. que l'inexactitude de la date ne nuit pas à la validité du testament en soutenant que celle-ci est contraire tant à l'interprétation étymologique qu'à celle logique du § 2231, 2 BGB. A l'interprétation étymologique d'abord, parce que la loi n'entend pas, par la date, l'indication d'un jour et lieu mais l'indication *du* jour et lieu. La rédaction du § 2231, 2 a un sens spécial qui est qu'il faut indiquer une date exacte. Le BGB. exige aussi pour le testament authentique, une date exacte. Si donc le testament authentique, entouré de tant de garanties qui manquent au testament olographe, demande la vraie date de la rédaction, il faut conclure à plus forte raison que le législateur exige pour le testament olographe l'indication d'une date exacte. Il y a, pour l'exigence de la date exacte, de sérieuses raisons ; il y a à prendre en considération la grande importance qu'a la date en ce qui concerne la capacité active, la demande d'annulation, l'interprétation, etc., et spécialement le fait qu'elle empêche souvent une falsification du testament ou une influence frauduleuse sur le testateur. D'après Mantey, le testament est considéré comme « rédigé » au jour où il est fini, c'est-à-dire où il contient toutes les formalités exigées ; c'est donc à ce jour qu'il faut dater le testament.

D'après les explications de Mantey nous pou-

vons conclure que s'il suit l'opinion du Reichsgericht mentionnée dans RG. VII, en demandant absolument une date exacte, il en diffère en ce qu'il n'exige pas comme celui-ci ou comme la théorie française toujours la date de la signature, mais se contente de l'indication du jour de la date lorsque celle-ci a été écrite la dernière. Il faut reconnaître que Mantey donne une solution claire de la question de la date. Quant à son exactitude, nous l'examinerons plus bas.

En analysant la théorie de cette première catégorie d'auteurs, nous pouvons conclure qu'elle est plus rigoureuse que la théorie française, car elle considère tout testament daté inexactement comme nul, sans distinction, qu'il s'agisse d'une erreur ou d'une indication volontairement fausse.

Dans la catégorie *intermédiaire* qui suit les traces de la théorie française, nous trouvons comme auteurs principaux : Behagel (pour le droit badois), Brock, Kipp (dans Windscheid) et Kohler.

Ils reproduisent la théorie française et concluent aussi que la date doit être exacte mais que la date inexacte peut être rectifiée avec des éléments puisés dans le testament lui-même, si elle a été le résultat d'une erreur. *Brock* ajoute que les dispositions de la loi ne pourraient être comprises si on ne demandait pas une date exacte. Il faut tenir

ferme l'exigence de la date exacte, car il n'est pas possible de tracer une ligne de démarcation qui pourrait indiquer dans quelle mesure la date peut être inexacte sans qu'elle entraîne en même temps la nullité du testament.

Kipp va plus loin et pense qu'en cas de date inexacte indiquée par erreur, la rectification de la date peut se faire aussi à l'aide des indices et preuves même étrangers au testament. *Kohler* paraît devoir être placé aussi dans la catégorie intermédiaire : tout en soutenant la nécessité d'une date exacte, il partage l'opinion d'après laquelle l'indication d'une date peu claire ou incomplète n'entraîne pas la nullité du testament, ainsi par exemple lorsqu'un testament rédigé à Charlottenburg a été daté de Berlin. *Kohler* ne s'explique pas plus longuement sur la question de la date.

En examinant cette catégorie intermédiaire, nous voyons que les auteurs, tout en suivant la théorie française, paraissent vouloir diminuer sa rigueur et chercher un compromis en élargissant les moyens de rectification de la date erronée. Mais ils ne peuvent pas établir une solution absolue, une solution d'après laquelle on pourrait se guider en cas de date inexacte.

La catégorie extrême, enfin, qui n'exige pas que la date soit exacte, qui se place donc au point de vue de la théorie belge compte comme

défenseurs : *Ritgen* (dans le commentaire du BGB, de *Plauk.* V, § 2231, 2) et *Strohal* (*Erbrecht*, I, p. 103 ss.).

Cosack Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, p. 687) peut être également cité comme faisant partie de cette catégorie. S'il ne le dit pas expressément, il faut l'admettre d'après ses conclusions. Il dit que la loi n'exige pas absolument une date exacte et qu'il « ne faudrait pas même la sous-entendre, spécialement dans les cas dans lesquels l'indication fautive des lieu et temps a eu lieu par suite d'une erreur du défunt. Pourtant le *Reichsgericht* très formaliste a admis le contraire. »

Ritgen explique son opinion en se basant sur la théorie belge. Une date exacte ne peut pas être demandée, parce que cette date est exacte, que le testateur veut bien indiquer. La date fait partie des dispositions testamentaires du testateur. Comme dans la traite, la date est une pure manifestation de la volonté. Il n'existe pas une « rédaction » déterminée du testament et on peut reconnaître d'ailleurs très difficilement si la date est exacte ou non. On ne peut pas déduire du texte de la loi, « indication du lieu et jour », l'exigence d'une date exacte, car dans la *Wechselordnung* se trouve le même texte et il est pourtant reconnu unanimement qu'une date exacte n'est pas exigée dans la traite.

Strohal soutient qu'il faut renoncer à une date absolument exacte dans le testament olographe, car le BGB. ne demande pas pour cette institution *unitas actus*. Commencement, continuation et achèvement de la rédaction du testament olographe peuvent, par conséquent, se produire à des temps différents et on ne peut pas exiger du testateur qu'il mentionne qu'il a écrit ceci ou cela à tel jour ; il suffit de l'indication du temps où le testament a été achevé. D'ailleurs, même d'après la théorie contraire, le testateur peut d'une date dite « inexacte » parce qu'elle indique un jour postérieur à la rédaction du testament, faire une date « exacte », en introduisant simplement au jour mentionné par cette post-date un mot dans le testament. L'exigence d'une date même qui n'est pas « exacte » a pour but de rappeler au testateur qu'il s'agit de la confection d'un acte juridique et non seulement de celle d'une simple copie préparée pour soi-même. *Strohal* conclut que le testament n'est pas nul lorsqu'il contient une date inexacte ou incertaine, sans distinguer selon qu'elle a été indiquée telle par erreur ou volontairement.

Parmi les auteurs qui ne se classent pas directement dans les théories exposées plus haut mais s'en écartent d'une manière plus ou moins forte, il faut citer : *Dernburg* et *Hölder*.

Dernburg (*Erbrecht*, p 60 ss.), adopte la théorie

française avec cette différence qu'il admet la rectification de la date inexacte non seulement par les éléments contenus dans le testament même, mais aussi d'après la connaissance des habitudes et de la manière de vivre du testateur, enfin d'après toute preuve extérieure. En ce qui concerne le temps de la « rédaction » du testament, il entend qu'il faut mentionner la date du jour et lieu où *elle* a été apposée. Il exige donc le jour où le testament a été daté et c'est dans ce sens que la date doit être exacte.

Hölder développe ses arguments dans une première étude apparue dans *Ihering's Jahrbücher*, XLI, l'an 1900. Il combat l'opinion du Reichsgericht (RG. VII), que le testament est fini par l'indication de la signature. Le testament est composé de plusieurs éléments qui sont : la signature, l'écriture du texte et la date. Tous ces éléments doivent être réunis pour former la « rédaction » du testament, indépendamment de l'ordre dans lequel ils sont réunis. Le testament peut être achevé par chacun de ces éléments lorsque les deux autres éléments s'y trouvent déjà ; donc par la signature, lorsque la date et le texte sont déjà écrits, par la date quand le texte est écrit et signé et enfin aussi lorsque le testament est écrit, daté et signé, mais qu'il y a un espace libre pour des dispositions additionnelles par l'écriture postérieure de

ces additions. Comme l'achèvement du testament a son temps, chacun de ses éléments a de même son temps de confection qui peut être différent du ou des temps de la confection des autres éléments, car on n'exige pas *unitas actus*. Il en est de même du lieu. L'exactitude de la date doit être entendue de cette manière qu'elle mentionne les jour et lieu où elle a été apposée. Une date qui représente un autre jour et lieu que celui où elle a été écrite est inexacte. L'exactitude de la date ne doit pas être prouvée, sauf s'il s'agit d'une personne déclarée incapable, car le testateur ne peut pas avoir intérêt à dater fausement. Mais même lorsque la date est inexacte, si l'inexactitude provient d'une erreur, le testament reste valable si la vraie date peut être connue. Au contraire, le testament est nul lorsqu'on constate que le testateur a indiqué volontairement une date inexacte. La forme du testament olographe apparaît sujette à de sérieuses critiques. On ne peut pas reconnaître d'après la date si le testateur a été capable ou non pour la rédaction, car on ne sait pas si la date indiquée est exacte. D'après Hölder, le testament est alors fini, « rédigé », seulement lorsqu'aucune modification n'y peut plus être faite. Enfin après avoir examiné le testament olographe du point de vue de *lege ferenda*, il conclut en exprimant ses critiques contre l'admission du testament olographe en Allemagne

et en se faisant connaître comme adversaire de cette institution.

En tirant l'essentiel des remarques de Hölder, nous pouvons voir qu'il considère la date comme exacte lorsqu'elle indique le jour de son apposition sans qu'elle doive correspondre avec le temps où les autres éléments du testament ont été confectionnés. Mais ce que Hölder omet de dire c'est la manière dont il pense pouvoir reconnaître si la date inexacte a été indiquée volontairement ou par erreur. Et ensuite la rigueur de la théorie qui demande une date exacte n'est pas du tout diminuée par Hölder, car il exige aussi une date exacte sous peine de nullité.

D'ailleurs Hölder n'a pas défendu longtemps son opinion exposée plus haut, car dans une conférence faite par lui l'an 1903, dans la « Juristische Gesellschaft » à Leipzig (V. « das Recht », 1903), il s'exprime d'une manière toute différente. Après avoir dit qu'il est un adversaire de l'institution du testament olographe, il déclare que *quoique* ayant soutenu auparavant (Vol. XLI), la doctrine d'après laquelle la confection des différents éléments du testament est possible à différentes reprises, il serait tout de même disposé à abandonner cette opinion et à se rallier à l'opinion rigoureuse du Reichsgericht citée dans RG., vol. LI, c'est-à-dire que la date est à considérer exacte seulement

alors qu'elle est vraie tant en rapport avec le temps de son apposition qu'avec le texte et la signature.

Dans une nouvelle étude sur la date du testament olographe (*Iherings Jahrbücher*, L) Hölder arrive à des conclusions tout opposées à celles qu'il tirait auparavant. Il analyse d'abord les arrêts du Reichsgericht. En ce qui concerne la place de la date, il affirme qu'elle doit être placée absolument au-dessus de la signature, car elle est une partie des dispositions mêmes du testament ; si la date n'est pas signée, le testament est nul. Mais au point de vue du temps la date peut suivre la signature. Hölder reproduit ensuite l'opinion exprimée dans le vol. XLI que le testament est achevé seulement par la confection de tous ses éléments, dont chacun peut être indiqué le dernier. Il fait ensuite une comparaison entre le testament authentique et le testament olographe et dit qu'une date inexacte ne nuit pas à la validité du testament authentique, donc d'autant moins à celui du testament olographe. Hölder continue en remarquant qu'il avait, en effet, soutenu auparavant que le testament olographe est nul lorsque la date indiquée est volontairement inexacte, pourtant cela « n'est pas conforme à la nature de l'exigence de la date comme solennité ». Il avait demandé auparavant, il est vrai, que la date indique le jour de

son apposition. cela n'est pourtant pas possible. D'après lui, la date indique spécialement le temps *pour lequel* le testament est rédigé, mais par là elle indique aussi le temps *dans lequel* le testament olographe a été rédigé, car on peut supposer que si ces deux temps ne concordent pas, ils ne diffèrent pas beaucoup l'un de l'autre et ces temps pourront être d'ailleurs très souvent constatés. Comme il n'est pas possible de constater par la date mentionnée dans le testament que la rédaction tout entière a eu lieu à ce temps, nous devons nous contenter de la probabilité que le testateur a été capable pendant la rédaction. Ceci est, en effet, très incertain, mais dans l'institution du testament olographe il y a trop de points incertains.

De toute cette argumentation, nous pouvons tirer la conclusion que Höldér, abandonnant ses opinions antérieures, adopte finalement la théorie belge et se rallie par suite à Ritgen et Strohal. La catégorie des auteurs qui suivent la théorie belge a donc trouvé en Hölder comme autrefois en Saleilles un puissant partisan.

Critique. — Après avoir donné un aperçu du point où en est la question de la date du testament olographe, nous allons, afin d'arriver à un résultat satisfaisant, procéder à l'appréciation critique des différentes solutions et considérer en

quels points elles nous paraissent exactes ou inexactes.

Si nous observons la distinction faite par la doctrine française en ce qui concerne la date, il faut dire qu'elle est trop détaillée et peu pratique. Nous pouvons remarquer que le testament est considéré nul tant dans le cas où le testateur a indiqué volontairement une date inexacte que dans celui où il a daté inexactement par erreur et où on ne peut établir la vraie date du testament lui-même. La date inexacte ne nuit pas à la validité du testament seulement lorsqu'on peut la rectifier d'après le testament même. Mais alors, quelle utilité peut bien avoir cette distinction de date « fausse » et de date « inexacte » ? Elle est tout à fait superflue ! Comment veut-on distinguer entre l'indication *volontaire* ou faite *par erreur*, d'une date inexacte ? Les auteurs citent, en effet, quelques exemples, mais ceux-ci sont peu nombreux et pas du tout certains. Car si on trouve un testament daté de l'an 1890 qui révoque un testament postérieur daté de l'an 1894, il est probable que la date indiquée 1890 est donnée telle plutôt par erreur que volontairement, car dans le dernier cas le testateur sachant qu'on s'apercevrait immédiatement de la contradiction entre les deux dates aurait indiqué une date représentant un temps postérieur au testament daté de

l'an 1894. D'ailleurs, nous sommes dans ce cas dans une incertitude complète, car deux hypothèses sont également possibles : le testament daté de 1890 peut avoir été anti-daté alors que le testament portant la date 1894 est exactement daté, inversement le testament daté de 1894 peut contenir une post date alors que le testament daté de 1890 est exactement daté.

Ainsi tombe le principal exemple de la théorie française pour pouvoir distinguer entre une inexactitude de date volontaire, et une inexactitude provenant d'une erreur. Mais passons aux autres exemples ! Si on constate que le testament parle de faits arrivés après la date mentionnée dans le testament, il n'y a pas de raison de supposer que la date inexacte a été apposée *volontairement*, donc que le testament a été anti-daté, car si le testateur avait voulu anti-dater son testament, il aurait, afin de conserver la validité du testament, indiqué une date qui ne soit pas en contradiction avec les dispositions du testament ; il faut plutôt donc croire à une erreur. Il en est de même du cas de contradiction entre le filigrane du papier timbré sur lequel le testament est écrit et la date indiquée dans ce testament. Ici encore pourquoi supposer dans une post-date ou anti-date une falsification volontaire plutôt que le résultat d'une erreur ? Il faut dire d'ailleurs une fois pour toutes que le tes-

tateur, s'il veut dater son testament inexactement, prend toutes ses précautions et le fait généralement de telle sorte qu'on ne puisse pas reconnaître d'après le testament lui-même l'inexactitude de la date. Par conséquent, lorsqu'on trouve un testament dont l'anti-date ou la post-date peut être reconnue du testament même, on doit supposer une inexactitude faite par erreur plutôt qu'une inexactitude volontaire. La théorie française semble considérer comme indiquée par erreur seulement une date incertaine, incomplète ou impossible (comme, par exemple, la date de 1704 au lieu de 1904). Mais pourquoi ne pas mettre dans la même catégorie les autres cas d'erreur, comme, par exemple, celui où le testateur se trompant d'un chiffre, écrit 1890 au lieu de 1896. Dans un tel cas l'erreur est aussi susceptible de se produire que dans le cas de date incertaine ou impossible ! Ainsi donc nous pouvons conclure que la distinction de la théorie française entre date « fausse » et « date inexacte », entre date inexacte indiquée « volontairement » et date inexacte indiquée « par erreur », manque de toute base !

Si nous analysons la théorie française en ce qui concerne la question de savoir *quelle date doit être considérée exacte*, nous devons constater qu'en disant seulement : « la date doit indiquer le jour de la signature », cette théorie ne donne pas

•

une solution claire et complète sur la question qui nous préoccupe. Car elle ne dit pas si la date doit correspondre également au jour de son apposition. Si la théorie française explique l'exigence de la date exacte par la raison qu'on peut par là reconnaître si le testateur a été capable ou non au moment de la rédaction, cette raison devient illusoire par la facilité qu'a un testateur devenu incapable de rendre valable un testament écrit et signé par lui, au temps où il était capable ; il lui suffira de dater cet écrit du jour de la signature, donc du jour où il jouissait de sa pleine capacité.

Nous avons établi que la date peut être apposée à une place quelconque. Supposons qu'un testateur commence aujourd'hui son testament en écrivant la date d'aujourd'hui au commencement de l'écrit ; alors il doit, d'après la théorie française, écrire tout son testament et la signature aujourd'hui ; ou, s'il veut le signer postérieurement, il doit le dater de nouveau. Mais quel est le texte qui exige que dans un cas pareil le testament ait plusieurs dates ? Nous n'en trouvons pas !

La théorie française dit nettement : toute date inexacte entraîne la nullité du testament. Mais, voulant couvrir cette inexplicable rigueur, elle fait une réserve et ajoute : mais le testament reste valable lorsque la date inexacte peut être rectifiée par indications trouvées dans le testament lui-

même. Nous ne pouvons apercevoir dans cette réserve, dans cette échappatoire, aucune atténuation. Car il arrive très rarement qu'on puisse rectifier la date d'après les dispositions du testament, tandis que l'inexactitude de la date peut être reconnue dans la majorité des cas. Si le testateur écrit au lieu de « 15 mai » le « 14 mai », ou « lundi le 17 mai » au lieu de « mardi le 17 mai », le testament est considéré nul, lorsque on ne trouve pas dans les dispositions du testament des arguments pour pouvoir déterminer laquelle de ces deux dates est la vraie. Voilà qui nous montre clairement la rigueur de la théorie française ! D'ailleurs, l'exception que fait la théorie française (dans le cas où la date peut être rectifiée) nous conduit à des conséquences très caractéristiques. La loi exige la date. Lorsque la date indiquée est inexacte, alors le testament n'est pas daté (nous reconnaissons là le raisonnement favori de la théorie française). Si on *adopte* maintenant l'exception faite par la théorie française et si l'on dit que le testament daté inexactement est valable lorsqu'on peut reconnaître la vraie date d'après les dispositions mêmes du testament, alors l'indication de la date est en réalité superflue ! Il faudrait alors accepter toutes les conséquences et considérer aussi un testament comme valable même *lorsqu'il n'est pas daté du tout*, pourvu qu'on puisse re-

connaître dans son texte, dans ses dispositions, la vraie date, ce qui est en effet exigé par Saintespès-Lescot (n. 1000) ! A quoi bon alors une indication spéciale d'une date ?

Nous avons dit plus haut que Demolombe permet une *post-date*. Il soutient qu'il n'y a aucun texte de loi qui défendrait au testateur de post-dater. Mais, dirons-nous, quel est le texte de loi qui défend une *anti-date* ? Et quel texte de loi distingue en général entre une *anti* et *post-date* ? Aucun ! Il est dit seulement que le testament doit être « daté » ; c'est de ce texte que la théorie française prétend pouvoir conclure à l'exigence d'une date exacte. Mais cette conclusion n'est pas possible ; nous pouvons le voir d'après les résultats auxquels sont arrivés certains auteurs français en interprétant des textes antérieurs et analogues à celui du Code civil. Nous savons que l'ordonnance de 1735, art. 20, 38, demandait également que le testament olographe soit daté. Le commentateur de la coutume de Normandie, Houard (Dictionnaire de la Coutume de Normandie, après avoir dit (Vol. IV, *Testament*, p. 363) que cette coutume exige la date chez le testament olographe quoique elle ne renferme aucun texte l'ordonnant expressément, rapporte : « Par arrêt du 31 janvier 1760, un testament olographe écrit sur du formule de 1750 et daté de

1738 fut déclaré valable. On n'alléguoit aucune raison qui auroit pu déterminer le testateur à antidater son testament en fraude de la loi : on convenoit même que dans tout le temps qui s'étoit écoulé depuis et compris la vraie date de cet acte jusqu'au décès du testateur, il auroit pu faire ce qu'il avoit fait. La date du jour, du mois, de l'année était écrite en toutes lettres, sans chiffres ; l'intention du testateur était donc manifeste et il avoit eu la liberté d'indiquer par la date de ce qu'il écrivoit, à quelle époque cette intention devoit remonter. Les articles 20, 38, 47 et 82 de l'ordonnance de 1735 exigent, il est vrai, que le testament soit daté, sous peine de nullité ; mais ils ne disent pas s'il s'agit de la date de la disposition ou de celle de l'acte qui la contient : aussi la preuve de l'anti-date de l'acte sous seing-privé n'est-elle pas admissible. L'article 422 s'entendant également d'un testament olographe et d'un testament passé devant notaires, c'est une preuve que la loi s'en est rapportée à la conscience du testateur sur la date de sa générosité ».

Nous trouvons une argumentation antérieure à celle-ci, dans un plaidoyer du célèbre d'Aguesseau du 14 mai 1691. (Œuvres, II, p. 99 et ss.) : « en effet, la raison apprend que cette solennité (la date) ne peut jamais être de l'essence de l'acte : c'est une circonstance qui est souvent très utile

et qui devient même quelquefois nécessaire, comme lorsqu'il s'agit de deux testaments ou de deux actes dont on prétend que l'un est postérieur à l'autre ; mais ce n'est que par accident, plutôt par rapport à l'exécution qu'à la substance de l'acte que la date peut devenir essentielle, mais ce n'est point là l'espèce de cette cause. Il est assez indifférent d'examiner en quel temps la fondation a été faite : pourvu que l'acte soit valable, qu'il soit authentique, qu'il soit revêtu de toutes les formalités essentielles, il doit être exécuté sans rechercher scrupuleusement quelle est son antiquité ».

La théorie française demande à tout prix une date exacte. Mais si nous examinons de plus près la question de la preuve du testament olographe telle qu'elle est fixée par la théorie française, nous nous apercevons qu'elle est en contradiction manifeste avec l'exigence de la date exacte, de sorte qu'on peut dire, qu'en réalité, la théorie française n'exige pas la vraie date mais elle en parle simplement par pure forme. En effet, la théorie française, quoiqu'elle considère le testament olographe comme un acte sous seing-privé, l'a revêtu d'une telle force probante qu'on ne peut pas en réalité démontrer une date inexacte. La théorie française dit que la preuve de la sincérité du testament olographe incombe au légataire. Une fois qu'on a reconnu que l'écriture et la signa-

ture sont vraies, le testament fait foi de sa date. Si l'héritier vient ensuite et attaque le testament pour date inexacte, alors il doit le prouver. Mais, si, dans le cas où il attaque un testament en alléguant que le testament a été rédigé pendant l'incapacité du testateur ou que celui-ci a été pendant la rédaction soumis à des influences frauduleuses, il peut en faire la preuve par *tous les moyens*, au contraire, lorsqu'il s'agit d'attaquer le testament en alléguant la date inexacte, considérée comme *marque de forme*, il ne peut produire sa preuve qu'en se servant des éléments contenus *dans le testament lui-même*. Dans ce dernier cas donc, la théorie française n'admet pas des preuves *extrinsèques*. Par conséquent, si l'héritier peut prouver par le testament lui-même que la date est inexacte, par exemple par un des moyens cités plus haut, comme par la contradiction entre la date et les dispositions du testament, etc., alors le testament est déclaré nul. Mais si l'héritier ne peut pas produire des preuves *intrinsèques*, alors le testament reste valable, même alors que le testateur a vraiment indiqué une date inexacte. Nous voyons donc la contradiction de la théorie française : d'abord elle exige sous peine de nullité une date exacte et ensuite elle laisse indirectement au testateur toute possibilité d'indiquer la date qu'il lui plaît. Il résulte

donc que le testateur n'a besoin d'indiquer la vraie date dans aucun cas et il peut en mentionner une quelconque, pourvu qu'il le fasse de telle sorte qu'on ne puisse reconnaître *du testament lui-même* l'inexactitude de la date. Tout ceci n'est vrai naturellement que dans le cas où il n'est pas allégué que le testateur a été incapable ou soumis à des influences étrangères pendant la rédaction, car alors ce ne serait pas pour manque de forme, c'est-à-dire pour inexactitude de date qu'on demanderait la nullité du testament.

Nous demanderons maintenant : n'est-il pas irrationnel d'exiger l'exactitude de la date ? Pourquoi la théorie française déclare-t-elle un testament olographe nul lorsque le testateur s'est trompé peut-être d'un jour dans la date, tandis qu'elle donne indirectement, d'autre part, toute la liberté de dater *volontairement* faussement ? La théorie française encourage par ce système la fraude, et incite à tourner la loi (en admettant bien entendu, que la loi exige l'exactitude de la date) tandis que là où il s'agit d'une erreur qui arrive très souvent et est tout à fait excusable, elle déclare le testament nul.

Examinons maintenant le cas où le testateur a été pendant quelque temps incapable. Dans un cas pareil, la théorie française permet la production de toutes sortes de preuves lorsqu'on attaque le testament en alléguant que le testateur a été

incapable pendant la rédaction. Mais ne pourrait-on pas dans ce cas, tenir le raisonnement suivant :

Nous avons ici un testament daté, il prouve donc sa date, par conséquent, l'héritier peut être admis à prouver seulement que le testateur a été incapable au jour dont il a daté son testament ? Et comme le testateur, s'il a réellement testé pendant son incapacité, a certainement donné au testament une date du temps où il a été capable, et a eu le soin de le faire de telle sorte, qu'on ne le puisse pas reconnaître d'après les dispositions du testament, alors l'héritier ne pouvant pas prouver l'inexactitude de la date par des preuves *extrinsèques*, il en résultera que même pour incapacité du testateur lors de la rédaction, il ne pourrait pas attaquer le testament !

Mais la théorie française fait une exception et admet que l'héritier peut, dans *ce cas*, prouver l'inexactitude de la date même par des moyens *extrinsèques*. Pourquoi cette exception ? Quel est le texte sur lequel on se base ? Supposons maintenant que l'héritier n'ait pas pu produire la preuve de l'incapacité du testateur pendant la rédaction, tandis qu'il a réussi par des moyens *extérieurs* à prouver l'inexactitude de la date, quelle sera la solution ? La théorie française dit : le testament reste valable. On objecte que la preuve de l'inexactitude de la date est faite, et que par suite

le testament doit être déclaré nul ! A cela la théorie française répond : le testament reste valable, car si l'inexactitude de la date a été prouvée, la preuve a été faite non par le *testament lui-même*, mais par des moyens *extérieurs* ; or, la preuve de l'incapacité du testateur n'ayant pas été faite, l'hypothèse se réduisant alors uniquement à la preuve de manque de forme, la preuve que le testament est inexactement daté peut être faite seulement par le *testament lui-même*. Nous voyons donc que même dans le cas où il est *absolument* établi que la date est inexacte, le testament reste valable, parce que le testateur a été assez prudent pour faire en sorte que l'inexactitude ne puisse pas ressortir de l'*intérieur* du testament même. Et, en dépit de tout cela, la théorie française exige rigoureusement une date exacte ! cette théorie est donc un tissu de contradictions !

Ce que les partisans de la théorie française comptent à leur avantage encore, c'est qu'ils croient, comme nous l'avons vu, avoir donné une meilleure solution que la théorie belge en ce qui concerne le fardeau de la preuve, lorsqu'il s'agit de l'action en nullité intentée contre un testament olographe pour cause d'incapacité du testateur pendant la rédaction ou parce qu'une influence étrangère a été exercée sur le testateur (captation ou suggestion). Mais cet avantage est illusoire. En

effet, quelles sont les exigences de la théorie belge et quelles sont celles de la théorie française ? Lorsque l'héritier soutient que la date est inexacte et que le testateur a été incapable à l'époque véritable de la rédaction, alors la théorie belge et la théorie française exigent de l'héritier exactement les mêmes preuves. Il est tenu, d'après les *deux* théories, d'abord de faire constater la vraie date et ensuite de prouver l'incapacité du testateur à cette même date. Quel est donc l'avantage que la théorie française procure à l'héritier en exigeant une date exacte ? Il n'y en a aucun ! Sans aucun doute, la théorie française aurait un avantage sérieux si le testateur voulait bien satisfaire à la condition qu'elle impose et donnait au testament la *vraie* date de la rédaction. Alors, en effet, l'héritier n'aurait qu'à apporter la preuve de l'incapacité du testateur à cette date, le fardeau de la preuve lui serait donc de beaucoup amoindri. Mais, malheureusement, ce fait ne se produira jamais ! En réalité, on peut admettre avec certitude que lorsque quelqu'un rédige son testament alors qu'il est incapable, il ne donnera jamais la vraie date de la rédaction, sachant très bien qu'alors le testament ne serait pas valable, et alors le but qu'il poursuit en testant ne serait pas atteint ; il donnera donc au testament une date du temps où il a été capable, et il rédigera le testament de telle

manière qu'on ne puisse pas reconnaître l'inexactitude de la date d'après les dispositions mêmes du testament. L'héritier aura donc à établir d'abord la vraie date, exactement comme d'après la théorie belge. Ce prétendu avantage de la théorie française n'existe donc pas ! Voici alors à quel résultat on arrive avec cette théorie : dans le cas d'un testateur ayant été incapable, elle ne donne pas plus de probabilité pour la rédaction du testament pendant la capacité du testateur que le fait la théorie belge ; dans le cas, au contraire, où le testateur ayant été toujours capable a, par erreur, daté inexactement son testament, cas dans lequel l'équité commande de ne pas porter atteinte à la validité du testament, la théorie française déclare le testament nul. Peut-on encore parler d'un avantage de la théorie française ?

En résumé, de la thèse que le testament olographe fait foi de sa date, nous tirons la conclusion : la théorie française n'admet pas l'annulation du testament lorsqu'il s'agit de l'inexactitude de la date comme *manque de forme*. Elle dit que cela n'est pas admissible car, lorsque l'incapacité du testateur n'est pas en jeu pendant la rédaction et qu'on ne soupçonne pas que des influences étrangères aient été exercées sur lui à ce moment, *il n'existe pas même une date inexacte* ; la date que le testateur veut bien indiquer, est considérée.

comme exacte mais il doit la mentionner de telle manière qu'on ne puisse pas reconnaître de l'*intérieur même* du testament qu'elle est inexacte. Au contraire, le testament est nul, d'après cette théorie, pour inexactitude de date considérée comme *manque de forme*, lorsque on peut reconnaître cette inexactitude d'après le testament même. Quelle incohérence dans cette théorie ! Elle n'est pas seulement illogique et contraire à l'équité : de l'exigence d'une date que la loi formule, elle crée un élément qui ne frappe que les testateurs de bonne foi, mais qui ne peut rien contre ceux qui veulent frauder les dispositions de la loi.

Nous voyons encore l'incohérence de la théorie française dans la question des renvois, des dispositions additionnelles faites après la rédaction définitive du testament. Nous verrons plus bas que lorsqu'ils représentent des dispositions nouvelles, ils sont, d'après la théorie française, valables mais à condition qu'ils soient spécialement datés et signés. A qui incombe alors le fardeau de la preuve ? On présume en général d'après cette théorie, lorsque des dispositions additionnelles non datées ni signées se trouvent dans un testament, qu'elles ont été écrites avant la rédaction définitive du testament, donc qu'elles sont valables. Si l'héritier soutient qu'elles ont

été écrites plus tard, alors c'est à lui de fournir cette preuve ; en d'autres termes, il doit prouver que la date contenue dans le testament ne concorde pas avec ces additions. Mais il ne peut se servir, lorsqu'il allègue l'inexactitude de la date considérée simplement comme *manque de forme*, que de moyens de preuve qui sont contenues dans le testament lui-même, c'est-à-dire qu'il ne peut pas se servir que de moyens de preuves intrinsèques. Il résulte donc comme plus haut, par analogie, que le testateur qui a été toujours capable peut ajouter après la rédaction du testament, dans le testament, des additions ou intercalations sans les dater et signer, mais qu'il doit le faire de telle manière qu'on ne puisse le reconnaître par le contexte du testament même. Il peut donc de cette manière, après avoir laissé place dans le testament pour des dispositions additionnelles, écrire, après la rédaction du testament, dans cette place des dispositions très importantes, comme par exemple le nom du légataire ou la somme léguée, le testament sera tout de même valable ; si, au contraire, le testateur ajoute après la rédaction dans le testament des dispositions de minime importance (par exemple il lègue un objet à un de ses petits-fils né après la rédaction du testament) et qu'il puisse être établi par le contexte du testament qu'il y a là une disposition ad-

ditionnelle qui n'est spécialement ni datée ni signée, alors le testament est nul. De plus, très souvent l'existence de tout le testament est compromise pour cette cause. La théorie française admet la nullité des additions postérieures à la rédaction du testament et n'étant spécialement datées et signées. Mais comment pourra-t-on reconnaître les additions postérieures comme telles ? Lorsqu'elles sont intercalées parmi les lignes, ou lorsqu'elles sont écrites à la marge du testament alors on peut les reconnaître assez facilement, mais lorsque le testateur remplit un espace laissé libre lors de la rédaction du testament, alors on ne peut plus reconnaître si ces dispositions sont des dispositions additionnelles ou si elles ont été écrites en même temps que le testament. Si maintenant ces dispositions additionnelles contiennent une disposition qui est en contradiction avec la date du testament alors se pose la question : savoir si *tout le testament* ne devient pas nul. En effet, nous nous trouvons alors en présence d'un testament qui contient des dispositions contradictoires avec sa date, le testament nous apparaît alors comme anti-daté et il est alors nul d'après la théorie française. Alors même que dans un cas de ce genre nous saurions parfaitement que le testament a été daté exactement et que la contradiction résulte des additions postérieures,

comme nous ne pouvons pas reconnaître ces dernières pour telles, il faut nécessairement annuler le testament tout entier. Voilà les conséquences de la théorie française.

Après avoir vu les inconvénients de cette théorie en ce qui concerne les dispositions additionnelles, voyons si elle offre un avantage quelconque. Supposons qu'un testateur devenu incapable ajoute dans son testament rédigé en temps de capacité des additions ou intercalations parmi les lignes. Il y aurait certainement une supériorité de la théorie française si le testateur en se conformant à l'exigence de cette théorie, donnait à ces additions leur vraie date, car alors on pourrait les annuler comme ayant été rédigé pendant l'incapacité du testateur. Mais cela ne se produit jamais. Le testateur dans un cas pareil ne donnera jamais aux additions leur vrai date ; il leur donnera une date correspondant au temps de sa capacité et il le fera de telle manière qu'on ne puisse le reconnaître de l'intérieur du testament même. Où est donc l'avantage de la théorie française ? Il n'existe pas. Et en ce qui concerne le fardeau de la preuve, il faut dire ce que nous avons remarqué plus haut à propos de tout le testament. Le fardeau de la preuve qui pèse sur l'héritier ne sera pas dans un cas pareil diminué par la théorie française. Il aura, en soutenant que les additions

postérieures ont été faites pendant l'incapacité du testateur, à prouver que leur date est inexacte ; il devra donc pour cela établir leur vraie date, il démontrera ensuite, l'incapacité du testateur à cette date. (Il ne pourra pas attaquer le testament pour date inexacte de ces additions considérée comme *marque de forme* car le testateur a comme nous pouvons bien le supposer, agi de telle manière qu'on ne puisse reconnaître l'inexactitude de la date des additions de l'intérieur du testament même). Nous voyons donc qu'en ce qui concerne les additions postérieures (celles naturellement qui comprennent des dispositions nouvelles, qui donc d'après la théorie française doivent être spécialement datées et signées) comme en ce qui concerne le testament tout en entier, la théorie française ne peut prétendre à aucun avantage, donc, à aucune supériorité, sur la théorie belge.

Nous pouvons donc conclure : que la théorie française avec son exigence d'une date exacte pour le testament et pour des additions postérieures n'a aucune efficacité lorsqu'il s'agit de combattre la fraude, d'empêcher la rédaction d'un testament ou des additions postérieures par un incapable ou de lutter contre la possibilité de la rédaction d'un testament par un testateur soumis à des influences dolosives, mais au contraire elle frappe les testateurs *bonae fidei*, ayant toujours été capables et

non soumis à des influences étrangères, catégorie de testateurs pour laquelle une date exacte ou même une date quelconque n'a aucune raison d'être ou du moins est d'une utilité si minime qu'elle ne devrait jamais pouvoir atteindre la validité du testament.

Nous avons vu plus haut la divergence d'opinions qui règne en *Italie*. La cause de ce désaccord réside principalement dans ce fait que la doctrine et la jurisprudence italienne ne cherchent pas à trouver une solution originale, mais se basent entièrement sur le principe de la théorie française, et ne s'en écartent que par des différences insignifiantes, qui ne peuvent nullement marquer une supériorité sur la solution française; ces différences varient d'ailleurs d'auteur à auteur et d'arrêt à arrêt. La doctrine italienne regarde également, comme la théorie française, le testament comme étant rédigé le jour de la signature. Mais se rendant compte de la rigueur de la théorie française elle cherche à en atténuer les effets. C'est pourquoi, tandis qu'un auteur reconnaît suffisante l'indication du jour de la date c'est-à-dire le jour de son apposition sur le testament, un autre auteur se contente de la date de la signature même alors qu'elle a été apposée plus tard que le jour de la signature, etc. Mais tous considèrent le testament comme nul s'il ne contient la date telle qu'elle est

exigée par eux. On ne peut guère par conséquent, dans ces diverses opinions trouver une atténuation à la rigueur de la théorie française. Il n'y a aucun intérêt à analyser plus longuement ces théories, car loin de donner une solution satisfaisante, elles ne sont pas assez complètes pour pouvoir être prises, comme norme dans tous les cas qui se présentent à propos de la date.

La thèse la plus radicale est celle défendue par l'arrêt de la Cour de cassation de Rome du 4 mai 1901, mentionné plus haut. L'arrêt décide que les éléments du testament sont indépendants l'un de l'autre, donc chacun d'eux peut être rédigé plus tôt ou plus tard. Il en résultera, d'une part, que le testament peut être rédigé en plusieurs jours sans qu'il soit nécessaire d'indiquer le jour de la signature, et, d'autre part, que la date peut être apposée tant à la fin qu'au commencement du testament sans qu'on doive dater à nouveau le testament. Dans ces cas on aurait néanmoins sinon le temps de la rédaction de *tout* le testament, du moins celui de la confection d'*un de ses éléments*. De même on peut déduire de cet arrêt que des dispositions additionnelles peuvent être faites dans le testament sans date spéciale, ce qui est déjà un avantage. Mais l'inconvénient de cette thèse c'est qu'une anti-date ou une post-date en ce qui concerne le *jour de la date* entraîne la

nullité du testament. Quel but poursuit-on en exigeant rigoureusement l'indication du jour de la date? nous avouons ne pas l'apercevoir nettement. Croit-on éviter ainsi que le testateur puisse rédiger son testament pendant son incapacité? Si oui, on se trompe énormément. Car d'abord il est certain que même avec cette exigence on n'arrive pas à grand'chose, un incapable ayant ordinairement soin d'indiquer une date correspondant au temps de sa capacité. Et même s'il indique le vrai jour de la date, il n'y a aucune certitude lorsque la date est apposée au commencement de l'écrit que la partie suivante ou la partie précédente si la date est apposée à la fin de l'écrit, ont été écrites en temps de capacité. Il n'y a donc aucune raison d'exiger une date exacte dans ce sens et c'est une erreur de croire que l'on pourra, par une telle exigence, enrayer les dispositions *in fraudam legis*. Ce sera au contraire le testateur qui n'aura jamais été atteint d'incapacité, qui souffrira de cette solution, car il aura son testament annulé lorsqu'il indiquera par erreur un jour autre que celui de la date. Il faut donc conclure que la solution donnée par la Cour de cassation de Rome n'a, en principe, aucune supériorité sur la théorie française; mais elle donne un résultat plus satisfaisant en ce qui concerne le temps de la rédaction et la manière dont elle doit être comprise.

En analysant la solution donnée par la *jurisprudence allemande* et en remarquant les contradictions des différents arrêts du RG. et KG. nous devons dire que la cause de cette indécision, de cette déviation, trouve son origine dans la fausse conception d'après laquelle, par des exigences rigoureuses, l'institution du testament olographe sera plus sûrement maintenue. En effet, le RG. dit (VII, p. 292 ss.): « à cause du péril de nullité pour le cas où la vraie date n'ait pas été apposée, le testateur sera contraint non seulement à éviter d'indiquer volontairement une fausse date mais aussi à prendre le plus grand souci de dater exactement, car l'erreur dans la date peut avoir des conséquences très importantes, en tout cas une date exacte peut éviter des doutes et conflits. Cette menace de peine donnera une sorte de *garantie* du fait que la date indiquée dans le testament est réellement exacte ; et c'est en cela qu'on doit voir la cause de l'opinion unanime : le testament olographe fait foi de sa date non seulement contre les héritiers mais aussi contre les légataires particuliers et tout tiers ». Il est, d'après nous, très douteux que « le péril de la nullité » dont parle le RG., aura comme effet de faire s'abstenir un testateur incapable d'indiquer à son testament rédigé pendant son incapacité une date fausse. Il est beaucoup plus probable que ce testateur indiquera une date telle

qu'on ne puisse la reconnaître comme inexacte. Ce fait sera d'ailleurs ordinairement difficile à prouver d'autant plus que le testateur peut rédiger son testament sans que personne en ait la moindre connaissance. On ne peut donc aucunement parler d'une « garantie » qui sera produite par cette « menace de peine ». D'ailleurs généralement même la « menace de peine » si forte soit-elle, ne peut jamais apporter que de faibles garanties pour l'exactitude de la date de la disposition. Un acte authentique, par exemple, est certainement sincère, pourtant nous ne pouvons pas le dire tel d'une manière absolue. Car même ici une erreur est possible. Pourtant l'acte est considéré véritable jusqu'à inscription de faux ; et si la preuve contraire ne peut être apportée l'acte reste véritable alors même qu'en réalité l'acte serait faux. De même on ne peut pas dire que par une menace de peine l'indication par erreur d'une date inexacte n'aura plus lieu. Une erreur, une inadvertance peuvent se produire là même où plusieurs personnes rédigent ensemble un acte quelconque. Dans nombre d'écrits qui exigent des solennités comme, par exemple, dans les actes notariés ou judiciaires, des erreurs sont à craindre et, s'il s'en produit, on se contente seulement de la rectification de l'erreur. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le testament olographe qui est un acte sous seing-privé ?

D'ailleurs l'expression « menace de peine » (*Strandrohung* ») n'est pas heureusement choisie. Pourquoi « punirait-on » un testateur qui par erreur (*bona fide*) a indiqué une date inexacte? On pourrait plutôt employer l'expression « intérêt forcé » (« *Interessenzwang* ») analogue aux dispositions du Code de procédure civile concernant l'arrêt par défaut (« *Versäumnissurteil* » de la CPO.)

Les arguments des auteurs qui exigent comme RG (V.VII) absolument une date exacte sont également sans fondement logique. Tel est l'argument employé par exemple par Mantey et approuvé par le RG. que le fait que BGB. exige « l'indication *du* jour et lieu » (« *Angab des Tages und Ortes* ») et non pas « l'indication *d'un* jour et lieu » (« *Angabe eines Ortes und Tages* ») montre que le législateur a par *cela* voulu demander l'indication d'une date *exacte*. Cette argumentation est purement gratuite. Car l'emploi de cette expression peut tenir aussi bien à la construction grammaticale qu'à sa plus grande clarté; il est d'ailleurs peu juridique et peu prudent de commenter les lois seulement d'après l'étymologie. On est unanime à reconnaître que le BGB. a eu l'intention de prendre l'institution du testament olographe tel qu'il était dans le droit français. L'emploi de l'expression « l'indication *du* jour et lieu » pour traduire le mot « daté » du Cc. français

n'a aucun rapport avec l'exigence d'une date « exacte ».

En ce qui concerne l'indication de la date on arrive avec la théorie de Mantey à un résultat très curieux. D'après lui, lorsque le testament a été rédigé en plusieurs jours, la date doit toujours être indiquée le dernier jour de la rédaction. Si le testateur commence aujourd'hui son testament en mettant la date au commencement de l'écrit et le finit demain, alors il doit dater de nouveau ; la date d'aujourd'hui est sans valeur. La date peut donc être écrite le jour de l'achèvement du testament ou aussi plus tard. Mais elle ne peut l'être un jour avant l'achèvement. Le testateur doit donc se soumettre à de nombreuses complications afin de pouvoir satisfaire aux conditions exigées par la loi d'après Mantey.

Mantey, qui admet une post-date lorsque la date concorde avec elle-même ne raisonne pas logiquement en excluant *toute autre post-date*, c'est-à-dire en ne permettant pas au testateur de donner une date postérieure à celle du jour où il date. Car si j'ai intérêt à avoir daté mon testament d'un jour postérieur déterminé, je puis même, d'après Mantey, attendre jusqu'à ce jour et dater alors le testament. Pourquoi ne pourrais-je alors indiquer ce jour dès aujourd'hui ? On ne peut pas léser la loi en agissant ainsi. Si je suis présentement inca-

pable et que je date le testament que je rédige maintenant d'une date postérieure, je ne commets rien de prohibé. Car suis-je à cette date postérieure toujours incapable, le testament n'a aucune valeur, ayant été rédigé par un incapable, mais si je suis capable, alors je pourrais parfaitement rédiger ce testament à ce jour ; il est donc indifférent que je l'aie écrit auparavant. Sans doute avec une post-date nous ne pouvons pas reconnaître si le testateur n'a pas été pendant la rédaction sous des influences dolosives. Mais cette objection ne doit pas nous causer de grandes inquiétudes. Si le testateur rédige aujourd'hui son testament sous des influences étrangères en lui donnant une post-date, alors trois hypothèses sont possibles : Si le testateur meurt avant le jour assigné comme date dans le testament, alors le testament n'a naturellement aucune valeur ; si, au contraire, le testateur est à cette époque vivant et libre de toutes influences, il peut très facilement révoquer le testament antérieur. Mais si le testateur reste même à cette époque sous des influences étrangères, il ne peut par conséquent révoquer ce testament antérieur, alors le testament peut tout de même être révoqué si cette influence dolosive est prouvée. D'ailleurs, une post-date est très rarement employée, car le testateur n'est pas sûr qu'il vivra encore à cette date ou qu'il sera toujours capable,

il n'est donc pas sûr de la validité du testament. En tout cas, on peut voir que Mantey se montre trop formaliste.

Si nous établissons maintenant une comparaison du point de vue de l'attribution du fardeau de la preuve et de la force probante du testament olographe, entre la thèse soutenue par les partisans d'une date exacte dans le testament olographe en Allemagne, et la théorie belge, nous comprendrons la supériorité de cette dernière théorie. Le RG., tout comme les auteurs qui exigent une date exacte, partagent l'opinion qu'un testament reconnu véritable fait foi de sa date à l'encontre de tout le monde. (Pourtant cette opinion, il faut le bien remarquer, est tout à fait erronée. Car si la loi exigeait une date exacte, alors il faudrait d'après les règles générales de la preuve, que celui qui poursuit les droits en se basant sur le testament prouve aussi l'exactitude de la date. Les partisans de la thèse d'une date exacte ne pouvaient pas exiger pareille chose du légataire car alors ils auraient mis en péril l'existence de toute l'institution du testament olographe. Ils ont donc renversé le fardeau de la preuve, *ce qui est tout à fait illicite*, car ils agissent en contradiction avec les règles de la procédure civile.) Il résulte donc que celui qui allègue que la date est inexacte, doit le prouver. Quel est, donc, l'avantage de cette

thèse sur la théorie belge ? La comparaison n'a été faite, jusqu'ici, par aucun auteur, mais le seul argument que les partisans de la date exacte pourraient alléguer, c'est l'argument même de la théorie française, à savoir l'allègement du fardeau de la preuve qui incombe à l'héritier. C'est-à-dire que là où, d'après la théorie belge, l'héritier doit prouver deux choses, lorsqu'il s'agit par exemple de faire annuler le testament pour incapacité du testateur pendant la rédaction, à savoir, l'inexactitude la date indiquée et l'incapacité du testateur lors de la rédaction, d'après la thèse que nous envisageons, il aura à prouver seulement l'inexactitude de la date. La manière de voir des partisans de la date exacte est, nous croyons, la suivante : « Par l'exigence d'une date exacte, la catégorie des testateurs qui ont été toujours capables et ont daté par erreur leur testament inexactement, seront sacrifiés, mais comme compensation, le fardeau de la preuve qui pèse sur l'héritier lorsqu'il attaque le testament pour incapacité du testateur ou influence frauduleuse exercée sur lui sera de beaucoup diminué. » Mais si on pense apporter à l'héritier une facilité quelconque, on se trompe. Car parmi les deux preuves que la théorie belge exige, la plus difficile à apporter est celle de l'inexactitude de la date. En effet, la nature du testament olographe est telle que la rédaction

peut avoir lieu partout et en tout temps, sans que personne s'en aperçoive. Nulle disposition ne prescrit un temps déterminé, ni une publicité ni un dépôt quelconque, pour faire connaître la rédaction aux tiers, bref, un testament olographe peut contenir n'importe quelle date, sans que personne puisse en alléguer l'inexactitude, pourvu que le testateur ait eu la prudence de rédiger son testament de telle manière que la preuve de cette inexactitude ne puisse être fournie. La preuve principale est donc celle de *l'inexactitude de la date indiquée*, et c'est aussi celle qui est la plus difficile à faire. La preuve de l'incapacité à une date bien établie est, au contraire, très facile. Le fait d'une interdiction ou d'une minorité ou d'un autre motif d'incapacité peut être démontré très facilement par des écrits. De même lorsqu'on attaque le testament en alléguant que le testateur a été pendant la rédaction soumis à des influences étrangères, on peut le démontrer par témoins et par tous les moyens de preuve. Par conséquent, des deux preuves exigées par la théorie belge, seule celle de l'inexactitude de la date doit être prise en sérieuse considération. Mais si la théorie allemande (de la date exacte) exige la même preuve, si donc l'héritier rencontre la même difficulté dans les deux théories, pourquoi l'exigence, absolue de la date exacte ? Par cette exigence on

croit empêcher qu'un testateur incapable ou soumis à des influences dolosives puisse tester. Mais nous avons vu qu'on n'arrive pas ainsi au but. D'ailleurs, ces cas ne sont pas fréquents. Donc, pour empêcher ce nombre si infime de fraudes, on sacrifie la grande majorité des testaments qui, par erreur ou inadvertance, ont été datés inexactement. Et pourquoi exigera-t-on, sous peine de nullité, d'un testateur n'ayant jamais été incapable ou soumis à des influences dolosives, une date exacte? Les motifs qu'on allègue ne peuvent, comme nous avons vu, équivaloir à l'inéquité qui est produite par l'annulation des testaments datés inexactement par erreur. Si on considère qu'une pareille erreur est commise très souvent, spécialement là où il s'agit d'une rédaction de testament où le testateur est plein de soucis et troublé par des tristes pensées (car généralement c'est dans un état de maladie qu'on teste), lorsqu'on considère que dans cet état le testateur peut être convaincu que la date indiquée par lui est exacte sans qu'elle le soit en réalité, considère-t-on l'état *psychique* d'un testateur pendant la rédaction, où aussi son état pathologique peut avoir des influences, alors nous pouvons juger combien il est injuste de déclarer nul le testament d'un tel testateur pour le motif qu'il n'a pas observé une formalité *inutile pour lui*. Si nous faisons appel à la

psychologie, ce n'est pas sans raison. L'inadvertance, l'indécision jouent un rôle énorme même chez l'individu en état normal. Combien de fois il arrive dans la vie privée que nous sommes convaincus être à tel jour de la semaine ou à ce jour du mois et que souvent est-ce erroné ! Il suffirait d'examiner bien ces considérations pour comprendre que la menace d'une peine si considérable qu'elle soit ne peut jamais éviter des indications involontaires d'une date inexacte !

La comparaison de ces deux théories (la théorie allemande qui exige une date exacte et la théorie belge) nous fournit le résultat suivant : Par l'exigence d'une date exacte, les actions *in fraudam legis* ne sont pas évitées mais en même temps tous les testaments auxquels on ne peut reprocher qu'une erreur de date sont soumis à un régime qui non seulement menace profondément toute l'institution du testament olographe mais qui le condamne presque à une inutilité complète. Dans la théorie belge, au contraire, si même dans les rares cas où le testament peut avec raison être attaqué le fardeau de la preuve est un peu augmenté, il y a d'autre part cet avantage considérable de la validité des testaments datés inexactement par erreur, argument devant lequel l'objection de l'augmentation du fardeau de la preuve est sans portée et même disparaît complètement. La théorie belge seule est ra-

tionelle et aussi est-ce à la solution de cette théorie que *nous nous rallions*.

Des constatations intéressantes peuvent être faites en examinant de quelle manière la doctrine et la jurisprudence allemande expliquent le rôle de la date en rapport avec les autres éléments du testament. Le RG, en exigeant dans son arrêt mentionné dans RG. volume VII, que la date marque le jour de la signature, regarde, comme la théorie française, comme éléments principaux d'un testament olographe le texte et la signature. Ces parties seules constituent spécialement le fonds du testament. La date, en admettant même qu'elle soit, par son *utilité* et son influence, aussi importante que les autres éléments, est de nature secondaire et accessoire. Lorsque le texte est écrit et signé, le testament est rédigé. La date a comme but de marquer le moment de cette rédaction. La date n'est donc pas un élément *indépendant* des autres, non plus que la signature, l'une et l'autre sont liées ensemble, et inséparables, et c'est pourquoi le testament est nul lorsqu'elles ne concordent pas. L'écrit une fois signé et daté, est achevé, complet en soi et il n'y peut être rien changé ou ajouté sans qu'on remplisse toutes les solennités exigées pour la rédaction d'un testament olographe, c'est-à-dire sans dater et signer de nouveau. Au contraire, dans l'arrêt du volume XLIII nous trou-

vons un tout autre point de vue. La date apparaît ici comme un élément aussi important que la signature ; elle ne sert pas seulement à établir le moment de la rédaction mais elle est en outre indépendante de la signature et peut, par elle-même, compléter un testament alors même qu'il aurait été écrit et signé à une époque différente de celle de la date. Ici la date est prise en considération seulement pour le cas où elle se trouve à la fin de l'écrit et il n'y est pas parlé du cas où elle se trouve au commencement ou au milieu de l'écrit. La signature doit-elle alors être apposée le même jour, comme l'exige Mantey ? Ou au contraire la date est-elle un élément tout différent des autres parties qui composent le testament et qui peut être apposé aussi avant le jour de la signature ? L'arrêt est muet sur ces questions.

La dernière conception se trouve dans l'étude de Hölder, volume XLIII. On y voit la même argumentation que celle de la Cour de cassation de Rome et, abstraction faite de l'exigence du jour de la date, sa théorie est très claire et très rationnelle. D'après lui, la date est un facteur aussi important que le texte et la signature. Toutes ces parties ensemble forment le testament. Elles sont pourtant indépendantes l'une de l'autre et aussi indépendantes *dans l'ordre de leur apposition*. Le testament peut être achevé par chacune de ces

parties. Par la date on établit donc le moment de la rédaction d'une partie du testament et elle sert aussi à l'achèvement de l'écrit pour satisfaire aux exigences de la loi. D'autre part le testateur peut, lorsqu'il craint de ne pas pouvoir écrire plus tard tout le testament, à cause par exemple d'une maladie, écrire le texte et la signature et ajouter plus tard seulement la date, ce qui fera valoir l'écrit comme testament; ou dater et écrire avant et le signer ensuite. En tout cas il existe un écrit qui, par l'indication *d'un seul élément*, devient un testament. C'est un énorme progrès sur la théorie française. Un autre avantage de la conception de Hölder consiste en ce que le testateur, même après avoir daté et signé le testament, peut toujours compléter le texte du testament, sans remplir d'autres formalités. Mais son exigence de la date du jour de son apposition est malheureusement un non-sens. En faisant abstraction du fait que l'exigence absolue du jour de la date, comme nous l'avons vu, n'a aucun but raisonnable, on ne peut pourtant bien comprendre la fonction de la date qui consisterait à *indiquer le jour où elle a été apposée*. La loi demande, partant du point de vue des partisans d'une date exacte, la date de la rédaction *du testament*. En vérité la loi ne s'exprime pas ainsi, mais tout de même c'est une interprétation logique. Ce qui, au contraire, n'est

pas admissible, c'est de commenter le texte de la loi de telle manière qu'on arrive au résultat que la loi exige la date du jour où *le testament a été daté*, donc la date *de la date*. Il n'est pas permis de tourner de la sorte le sens du texte de la loi. Lorsque la date est indiquée la dernière, après que le texte et la signature ont été écrits, alors elle donne, en effet, la date du temps de la rédaction du testament et en ce cas l'exigence de la date de son apposition peut être compréhensible, mais elle ne l'est pas lorsque la date est écrite au commencement de l'acte, car alors elle indique seulement le temps où le testament a été commencé; un temps dont l'indication n'est pas exigée par la loi.

Dans ses derniers arrêts (Vol. LI, LII), le RG. exprime une conception, pratiquement très rigoureuse mais parfaitement logique. Cette conception à laquelle le KG. a également adhéré et qui est la plus rigoureuse de toutes les thèses soutenues jusqu'ici ne considère plus, comme dans l'arrêt du vol. VII, la date comme un élément indépendant du texte et lié seulement à la signature mais comme inséparable *de tout le testament*. La date est ici, comme dans le premier arrêt, de nature accessoire, mais sa fonction consiste non seulement à établir le temps de la signature, mais celui de tout le testament. Dans cette conception le RG. ne comprend plus sous le mot « rédaction » le jour

de la signature, la signature n'a plus la même importance qu'auparavant. La rédaction consiste dans l'écriture du texte et de la signature et ces deux éléments sont aussi inséparables entre eux que la date leur est intimement liée. Si la date doit marquer le temps où les deux autres éléments ont été écrits, il en résulte que pour les deux, il y a un moment *unique* où ils doivent être écrits ; elles doivent donc être indiquées dans le *même temps*. Et comme la date est inséparable dans ces deux éléments du testament, (en ce sens qu'elle doit être indiquée le même jour que ces éléments), en marquant le jour où ces éléments ont été écrits, elle sera vraie aussi en rapport *avec elle-même*, c'est-à-dire avec le jour de *son apposition*. C'est *alors* que la date sera vraie en rapport avec *tous* les éléments du testament, comme l'exige le RG. Mais pour satisfaire à cette exigence du RG, *il faut absolument demander unité de rédaction, unitas contextu*. Seulement quand le testament tout entier (y compris par conséquent la date) est confectionné *dans un seul jour*, alors seulement la date peut être vraie, « en rapport avec le contenu du testament tout entier », expression employée par le RG. Telle est la conséquence absolument nécessaire de la conception dernière du RG.

Considère-t-on la conception Ritgen-Strohal, on remarque que ce qui est le plus pris en considé-

ration, c'est le moment où l'écrit destiné à valoir comme testament *devient un testament (commence son existence)*. La date est l'élément qui *établit* ce moment. Par la signature le testateur montre qu'il veut faire valoir cet écrit comme testament mais elle n'indique pas *quand*, à quel moment, il doit en être ainsi. La date ne sert pas à établir d'une manière quelconque la preuve de la capacité du testateur, mais elle sert au testateur à la manifestation de sa volonté (Willenserklärung). La date indique le jour auquel d'après la détermination du testateur, sa volonté se manifeste *légalement*, commence *légalement* son existence sous forme de déclaration de volonté (als rechtliche Willenserklärung). C'est-à-dire que par la date le testateur exprime *qu'il veut* que l'écrit commence à exister comme testament à ce jour. Ensuite la date sert aussi pour reconnaître en cas de présence de plusieurs testaments, celui que le testateur a voulu faire valoir. Donc par la date le testateur peut aussi déterminer le rang de plusieurs testaments. La date, la signature et le texte sont indépendants l'un de l'autre et le testament commence à exister comme tel lorsque tous ces trois éléments y figurent. Mais le texte n'est jamais achevé complètement, jamais fini (abstraction faite du cas de l'impossibilité par le testateur d'y toucher encore, par exemple à cause de mort), il peut donc être toujours modi-

fié, et on y peut toujours ajouter des nouvelles dispositions sans qu'il soit nécessaire de les dater de nouveau si on ne le désire pas.

Le RG. explique, dans son arrêt du vol. LII, la nécessité d'une date exacte de la manière suivante : « Ce que la loi a en vue lorsqu'elle émet l'exigence que les dispositions du testateur soient accompagnées d'une formalité spéciale, l'indication de leur jour et lieu, peut être déterminé seulement d'après le sens qu'on donne *généralement* dans la vie pratique à la date d'un écrit quelconque. Il n'y a aucun texte de loi qui voudrait donner à l'exigence de l'indication du jour et lieu un autre sens, un sens exceptionnel. La loi n'impose donc pas à la forme de la date des exigences plus étendues que la vie pratique... et par conséquent l'indication de la date, ce faisant, peut être comprise seulement dans le sens que le testateur déclare que son testament a été rédigé au jour et lieu qu'il indique ». C'est ici que se trouve en réalité le pôle autour duquel tourne toute la controverse née au sujet de la date. Voilà ce qu'il ne faut pas perdre de vue si l'on veut arriver à une solution logique et raisonnable de la question de la date. En effet, la loi en parlant de la date du testament olographe n'exige pas quelque chose d'exceptionnel, mais elle voit dans la date du testament olographe, comme acte sous seing-privé, ce que dans *la vie pratique* on comprend ordinaire-

ment par date. De même qu'elle exige dans de nombreux écrits la signature, de même ici elle demande la signature et la date. Il s'agit donc d'examiner quel est le sens de la date dans la vie courante, dans l'usage pratique ? Dès lors nous voyons que le RG. part d'une présomption fausse pour arriver à l'exigence d'une date exacte. Car si, en effet, dans la vie pratique on a coutume d'exprimer par la date que la déclaration a été donnée, que l'acte a été écrit, au jour indiqué, on n'exige pas qu'elle soit *en réalité* donnée à ce jour, c'est-à-dire l'exactitude ou inexactitude de ce fait n'est pas prise en considération. Lorsque quelqu'un écrit une lettre missive il y donne généralement la date du jour où elle a été écrite. Mais s'il écrit la lettre en plusieurs jours, il indiquera généralement de même *un seul jour* comme date et s'il a mis la date au commencement de l'écrit, alors il ne donnera généralement pas à la fin de l'écrit le jour de l'achèvement mais il considérera comme suffisant la date indiquée au début. Lorsque la date est au commencement de l'écrit, on ne peut pas s'assurer par elle que l'écrit a été aussi achevé à ce jour même. De même si la date est à la fin de l'écrit, on ne peut savoir si, étant fini à tel jour, l'écrit a été commencé le même jour. Enfin il n'est pas impossible de supposer que la date *seule* a été écrite un jour différent de celui qu'elle indique. Mais aucune de ces hypothèses

n'est prise en considération, on se base uniquement sur *la date contenue dans l'écrit* et on admet gratuitement que *cette date* indique le vrai jour de la rédaction. Lorsque quelqu'un reçoit un écrit portant offre de vente, il se basera seulement sur la date indiquée dans l'écrit et ne s'inquiétera pas de la question de savoir si l'écrit a été vraiment rédigé au jour de cette date. Par la date indiquée il comprend que l'expéditeur a voulu que son offre produise effet à ce jour. L'écrit peut avoir été fait, et la date peut avoir été apposée en réalité à une époque autre que celle indiquée; mais la volonté de faire valoir cette déclaration s'est manifestée seulement au jour qu'indique la date et l'intention de l'offrant est que l'offre vaille comme ayant été faite au jour indiqué par la date. Il faut donc conclure que lorsqu'on date un acte sous seing-privé, on exprime par la date qu'on veut faire considérer la rédaction de l'acte comme ayant eu lieu tel jour, mais on ne témoigne pas par elle que l'acte sous seing-privé a été aussi en réalité écrit ledit jour. Il arrive souvent qu'on a intérêt d'anti-dater ou post-dater une lettre missive, et en le faisant on ne commet rien de prohibé pourquoi ne le pourrait-on faire aussi dans un testament olographe qui n'est en somme qu'un acte sous seing-privé? On réplique que la date est une solennité du testament olographe. Soit, *la date elle-même* est une solennité

mais il n'en est pas de même de son *exactitude*. L'exactitude absolue ne peut d'ailleurs pas être une solennité. Un argument favorable à notre thèse peut encore être tiré de la comparaison du testament olographe avec les actes authentiques notariés ou judiciaires. La loi prussienne concernant la juridiction gracieuse (Das preussische Gesetz der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) dit à ce point de vue : « L'acte doit contenir le jour et lieu de la séance, ou s'il n'a pas été rédigé sous forme de procès-verbal (Protokoll) le jour et lieu de la rédaction ainsi que la signature du juge ou du notaire ». Ici nous voyons que la loi exige également le jour et lieu, et pourtant il est généralement reconnu que la loi ne demande pas en outre leur *exactitude*, quoique ces actes ne soient pas des actes sous seing-privé mais bien des actes authentiques. Dans ce sens R. Schultze-Görlitz et H. Oberneck (Preuss. Gesetz der Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit).

Considérons maintenant l'analogie de la signature. Lorsque quelqu'un signe un acte, il déclare par là que ce que l'acte contient exprime sa volonté, c'est-à-dire qu'il l'approuve. Pourtant la loi n'ordonne pas de rechercher si le soussigné a *réellement voulu* ce que l'acte contient, s'il a compris ou même lu l'acte, ou même s'il n'a pas signé en blanc. Le soussigné peut, s'il le veut, attaquer

la validité de l'acte pour cause d'erreur ou de violence, mais il faut qu'il en apporte la preuve et, s'il n'y réussit pas, l'acte reste valable, *quoiqu'il ne contienne pas en réalité la volonté du soussigné*. La loi considère seulement une exactitude théorique, elle n'exige pas une exactitude réelle. En ce qui concerne l'importance des formalités, les motifs du BGB (*Die Motive*, I, p. 179) s'expriment : «... De même il ne faut pas exagérer l'importance des formalités pour l'expression de la volonté et la production de la preuve. Si l'écrit ne donne pas lieu généralement à des doutes en ce qui concerne la rédaction de l'acte juridique, néanmoins il ne donne souvent sur le contenu que des renseignements incertains. L'écrit établit ce qui a été écrit, mais ne donne pas une garantie du fait que ce qui a été écrit correspond vraiment à la volonté réelle des parties et aux conditions stipulées par eux. » La signature, quoique également exigée par la loi comme une formalité essentielle de différents actes juridiques, n'est considérée généralement exacte que *relativement*. De même faut-il conclure pour la date. Lorsque la date témoigne dans un acte sous-seing privé qu'en ce jour s'est manifestée la volonté du signataire sous la forme de l'écrit, il est indifférent pour la loi que cette volonté ait existé déjà auparavant. Seul le moment où cette

volonté se manifeste extérieurement, est pris en considération. Or, ce moment est déterminé par la date émanée du déclarant. Le RG. soutient que la date ne peut être laissé au gré du testateur, la date n'est pas une déclaration de volonté (*Willenserklärung*). Pour savoir si la date est ou non une déclaration de volonté, il nous faut de nouveau considérer les actes sous seing-privé en général. La date en *elle-même* n'est pas une déclaration de volonté *dans le sens du RG*. La date est un élément par lequel le déclarant exprime que sa volonté s'est manifestée tel jour, que la validité juridique de l'écrit commence le même jour. Du moment que je puis aujourd'hui rédiger un testament et déclarer qu'il vaudra seulement dans le cas où je vivrais encore l'année prochaine ou sous toute autre condition, pourquoi ne pourrai-je donner aujourd'hui à mon testament la validité à partir d'un temps antérieur, où ma volonté existait déjà mais où elle n'était pas manifestée, *où elle aurait pu* l'être néanmoins ? Et puis-je mieux déterminer cette manifestation antérieure qu'en l'exprimant par la date ? Naturellement, le testament produit ses effets seulement après la mort du testateur, c'est à ce moment que son efficacité commence. On dit avec raison : « la mort est la confirmation des testaments ». Mais il arrive souvent qu'on a intérêt à faire concorder la rédaction du

testament avec un jour ou un événement déterminé. Naturellement, on ne peut le faire que si on était aussi à ce moment-là capable de tester. Aussi pourrait-on permettre avec raison au testateur de déterminer le moment qu'il désire être considéré comme le moment de la rédaction du testament, ce qui peut être fait seulement par la date. Mais la déclaration de volonté est comprise seulement dans le *texte*. Généralement on n'accorde pas grande attention au texte; et pourtant c'est le texte qui contient la manifestation de la volonté du défunt; c'est lui qui est le facteur le plus important. Déjà par l'écriture du texte la volonté du testateur est manifestée et c'est seulement le texte qui représente cette volonté. Le législateur l'a bien compris lorsqu'il a dit (§ 2231, 2, BGB) « une déclaration » (« eine unter Angabe des Tages und Ortes eigenhändig geschriebene und unterschriebene *Erklärung* »). La déclaration (*Erklärung*) c'est la déclaration de la volonté (*Willenserklärung*). La signature et la date servent à revêtir cette déclaration de volonté des solemnités exigées par la loi. Elles sont seulement des moyens employés en vue du but à atteindre. Elles sont seulement une sorte de symbole, des éléments qui ne peuvent pas exister seules. Elles sont en effet importantes, il est vrai, mais d'importance secondaire, accessoire. Une déclaration écrite sans être datée ou signée a un

sens, elle peut exister. Nous avons vu dans l'histoire du testament olographe qu'à une certaine époque une déclaration olographe était valable et considérée comme un testament, même non signée ni datée. Mais la date et la signature n'ont seules par elles-mêmes aucun sens, elles n'ont de signification que lorsqu'elles sont ajoutées à une déclaration, à un texte. La loi veut savoir si la déclaration a été donnée par le déclarant, telle est l'utilité de la signature. La loi veut savoir quel jour le déclarant a pensé manifester sa volonté, c'est à quoi sert la date. Si donc la date et la signature sont des parties indispensables du testament, sans lesquelles il ne peut pas exister, elles ne sont que d'utilité secondaire et c'est pourquoi la loi dit que la déclaration (*Erklärung*) doit être datée et signée. On pourrait remarquer ici que l'expression de l'art. 970. Cc. n'est pas tout à fait exacte. Car lorsqu'il y est dit : « le *testament* olographe ne sera point valable, s'il n'est daté et signé », c'est seulement la *déclaration seule*, le texte, sans date et sans signature, qu'on entend sous le mot de « testament », ce qui peut donner lieu à des nombreux malentendus. Le texte, la date et la signature, tous *ensemble* sont les éléments qui composent le testament (En Autriche et autre pays le testament existe déjà lorsqu'il contient les texte et signature, sans date). Ces éléments

sont, d'après nous, indépendants l'un de l'autre, du point de vue du temps dans lequel ils sont apposés. C'est au testateur qu'il appartient de déterminer l'ordre de leur apposition.

Lorsque nous examinons un testament olographe complètement rédigé, il nous apparaît, comme chaque lettre missive, comme tout acte sous seing-privé, sous la forme d'un écrit *unique* et *indivisible*. Nous ne cherchons, en général, à distinguer quelle partie a été écrite un jour plus tôt ou plus tard que celui indiqué par la date ; de même nous ne faisons pas une distinction entre la date, le texte et la signature. Devant nous apparaît une *unité*. La loi exige le temps où le testateur a produit cette unité et ce moment est exprimé dans la date. Maintenant, si cette unité a été composée dans un jour ou dans plusieurs, peu importe. La loi exige la date de *tout l'acte* (de l'unité). Pour indiquer cette date il y a deux manières : ou cette unité, c'est-à-dire tous ses éléments, doit être écrite (rédigée) dans *un seul jour et lieu*, alors on peut indiquer ce jour et lieu, ou cette unité peut être écrite en *plusieurs jours et lieux* et alors il faut laisser au gré du rédacteur le soin de choisir le moment auquel il la considère comme une unité et comme testament. Si donc l'on admet que le testament olographe, c'est-à-dire toutes ses parties, doit être rédigé à un seul jour et lieu, alors

on comprend l'exigence d'une date exacte et on peut aussi comprendre l'exigence d'indiquer ces jour et lieu. Mais si la nature du testament olographe est telle qu'on ne *peut pas exiger aucune-ment l'unité de rédaction*, s'il faut par suite à tout prix, pour la sauvegarde de cette institution, admettre que les éléments dont est composé le testament olographe peuvent être confectionnés du point de vue du temps et lieu indépendamment l'un de l'autre, alors on ne peut ni comprendre la rédaction dans le sens du cas précédent, ni demander non plus sa date. Mais comme la loi exige néanmoins une date, c'est-à-dire l'indication du moment où ces éléments deviennent une unité, alors il faut laisser la détermination de ce moment au choix de celui qui les réunit en une unité, c'est-à-dire du testateur. Alors même que ce temps est indiqué, il ne faut pas croire que le testament est définitivement achevé. La partie principale du testament, la déclaration de la volonté même, n'est toujours pas définitivement conclue. Si le testateur ajoute après le temps indiqué par la date, dans le texte du testament, des dispositions nouvelles, sans les dater spécialement, c'est qu'il veut les faire considérer alors comme étant déjà écrites au moment indiqué par la date et il faut, par conséquent, les regarder comme étant écrites dans le même temps que le reste du testament.

Des arguments développés plus haut, nous pouvons conclure que, d'après notre conception, *n'importe quelle date* peut être indiquée. Mais le testateur doit, tant dans le moment où il date le testament, qu'au moment qu'il indique comme date, avoir été dans la possibilité de rédiger le testament et de le faire valoir. Lorsque le testateur a indiqué une date à laquelle il ne survit pas, alors le testament est nul, car le testateur n'a pas été dans la possibilité de rédiger le testament au jour de la date (Sauf, naturellement, le cas où cette post-date a eu lieu par erreur, dans quel cas le testament reste néanmoins valable). De même lorsque le testament est daté d'une époque à laquelle l'intéressé n'a pas atteint l'âge requis pour tester valablement, le testament est également nul, car à ce moment le testateur n'a pas eu la capacité de tester. Il faut conclure dans le même sens en ce qui concerne généralement l'incapacité du testateur au temps indiqué comme date. Même si le testament tout entier a été écrit pendant la capacité du testateur, le testament est nul si la date indiquée dans le testament est celle d'une époque à laquelle le testateur a été incapable, car la capacité doit exister dans les *deux* moments. Une date erronée ne nuit naturellement en rien à la validité du testament, par exemple lorsqu'il est écrit « 1107 » au lieu de « 1907 ». Mais lorsque

l'erreur n'est pas évidente, il n'existe pas de date inexacte. A condition, bien entendu, que la capacité du testateur n'ait pas été en jeu pendant la rédaction, et qu'on ne le soupçonne pas d'avoir été l'objet d'une influence dolosive.

Les partisans de la date exacte répliquent que si le testateur peut indiquer n'importe quelle date, il est tout superflu de dater le testament. Que la date soit un élément *absolument indispensable* dans l'institution du testament olographe, nous ne pouvons pas l'admettre. Nous avons vu que le testament olographe sans date a existé plusieurs siècles en France et existe encore aujourd'hui dans beaucoup de pays, sans qu'il en résulte de sérieux inconvénients. Mais nous ne pouvons pas discuter ici la question de savoir si la date a ou non une utilité quelconque. Le Cc., le BGB, le codice civile, etc., l'ayant imposée comme une solennité du testament olographe, force est de s'exécuter et de remplir cette formalité. D'ailleurs, la date prise dans le sens dans lequel nous le comprenons a tout de même son utilité. Par la date on peut reconnaître, lorsque on se trouve en présence de plusieurs testaments, lequel a été choisi par le testateur pour valoir, pourvu naturellement qu'on se trouve dans le cas où ils ne se complètent pas l'un l'autre. Par la date, le testateur peut, lorsqu'il a rédigé plusieurs testaments, déter-

miner leur rang et le transformer à son gré. Dans certains pays l'on peut reconnaître même sans date, en cas de présence de plusieurs testaments, lequel est le plus récent, et lequel est le plus ancien ; il en est ainsi notamment en Autriche. Il faut néanmoins reconnaître que par l'indication d'une date, on évite beaucoup de conflits et le fardeau de la preuve en est considérablement amoindri. Lorsqu'on est en présence de plusieurs testaments, on se guide d'après la date indiquée pour reconnaître leur ordre. Est-il établi qu'un d'eux a été rédigé *in fraudam legis*, alors il est exclu. On allègue encore que la date sert à distinguer un testament véritable d'une simple copie. Elle a en effet aussi cette fonction, mais si on voulait voir là sa principale utilité, son existence ne serait pour nous d'aucune importance, car ce but pourrait être atteint aussi bien par la seule signature. L'utilité principale de la date se montre en cas de concurrence de plusieurs testaments.

Il faut d'ailleurs le reconnaître, la date *pourrait* remplir une fonction d'une énorme importance, et *pourrait* être d'une très grande utilité. Si l'institution du testament olographe était de telle nature qu'on pût exiger une date exacte et *l'obtenir*, qu'on pût par conséquent être sûr que *tout le testament* a été *vraiment* rédigé *au jour indiqué*, alors la date aurait un rôle d'une importance ca-

pitale. On pourrait ainsi savoir si le testateur a été capable à ce jour, s'il n'a pas été soumis à des influences étrangères, s'il a été sain d'esprit ou s'il a été dans un état d'aliénation mentale passagère. De même la falsification du testament serait, dans une large mesure, conjurée, car on pourrait reconnaître par la date si le testateur se trouvait vraiment, au jour indiqué, au lieu que mentionne la date, et s'il a été au jour de la date vraiment capable d'écrire le testament, ou s'il en a été incapable par suite d'une maladie physique ou psychique, ou à cause d'autres événements. Nous pouvons donc voir que les partisans de la date exacte poursuivent un grand but et tendent à un haut idéal ; mais cela reste un idéal, une utopie. Nous avons vu, en effet, qu'en raison de la nature du testament olographe une date exacte ne *peut être exigée* et si on l'exige néanmoins, on n'a aucune certitude qu'il a été satisfait à cette exigence. Toute la supériorité du testament olographe sur les autres formes testamentaires réside justement dans ce fait qu'il peut être rédigé sans qu'une autre personne en prenne connaissance, sans même que personne ne s'aperçoive de cette rédaction. Le temps de la rédaction ne peut donc pas en général être déterminé, et il reste donc au gré du testateur d'indiquer la date qu'il lui plaît.

De l'exigence d'une date exacte, naît, abstrac-

tion faite des inconvénients que nous avons déjà montrés, un grand nombre de conflits. Car si un testament peut être annulé seulement pour inexactitude de la date considérée comme *manque de forme*, tout héritier à qui le testament ne convient pas essaie de le faire annuler, et souvent il y réussit. Et de plus, s'il n'y arrive pas, il peut pourtant, par un conflit judiciaire, inquiéter longtemps le légataire. Quelle simplification apporte au contraire la suppression de l'exigence absolue d'une date exacte ! Un testament ne peut plus être annulé pour date inexacte regardée comme manque de forme, plus encore, *il n'existe même pas de date inexacte. Toute date que le testateur indique et qui n'est pas prohibée par la loi* (par exemple pour incapacité, etc.) *est exacte*. Tous les conflits et controverses que nous avons signalés, n'existent donc pas avec la thèse que nous défendons. Naturellement l'héritier peut attaquer le testament pour incapacité du testateur pendant la rédaction, etc., et éventuellement le faire annuler, mais il ne le peut pas en alléguant seulement l'inexactitude de la date. Voilà donc l'énorme supériorité de la théorie belge !

D'ailleurs, nous l'avons vu, on ne trouve aucun point d'appui, aucun argument, *dans le texte de la loi* pour l'exigence d'une date *exacte*. Un manque de forme, de solennité, existe donc seu-

lement dans le cas où la forme c'est-à-dire *la date* (sans y ajouter le mot « exacte ») manque ou est indiquée de telle sorte qu'on ne puisse la reconnaître, par exemple lorsqu'elle est indéchiffrable. Et dans un tel cas, le testament est nul, également d'après la théorie belge !

Voilà donc le grand bénéfice de la théorie belge ! Tous les testaments contenant une date *erronée*, sans qu'il s'agisse d'autre motif (incapacité du testateur, etc.), restent valables d'après la théorie belge, tandis que d'après les autres théories ils sont nuls. En ce qui concerne, par contre, les testaments rédigés *in fraudam legis*, c'est-à-dire pour incapacité du testateur, etc., nous trouvons dans la théorie belge la même facilité d'attaquer le testament et de le faire annuler comme d'après les autres théories.

En jetant un regard en arrière sur les arguments donnés dans la question de la date, nous pouvons nous persuader que la seule théorie qui donne une solution logique et pratique pour tous les cas, c'est celle de la jurisprudence belge. C'est pourquoi il est à souhaiter que cette théorie soit adoptée dans tous les pays où la question de la date est actuellement jugée d'autre manière. Si nous prenons en considération que le testament olographe est spécialement usité par la grande majorité de la population peu fortunée, donc moins ins-

truite, qui donc ne se rend pas compte de l'importance des solennités, il faut adopter la théorie belge. Des très nombreux cas arrivent où le testament ne porte aucune date et où, par conséquent, le testament est déclaré nul. Si on agit bien *de lege ferenda*, en annulant les testaments qui ne sont pas datés, nous n'avons pas ici à le discuter, mais on peut avec raison exiger qu'une date erronée n'ait pas une influence sur la validité du testament. Il faudrait faire une statistique pour établir les cas où jusqu'ici des testaments olographes ont été annulés pour le simple motif de date erronée et on verra alors quel chiffre ils atteignent. En outre, il y a à prendre en considération qu'il existe un grand nombre de testaments olographes datés inexactement et qui restent tout de même valables ou parce que les héritiers n'ont pas connaissance du « vice » dont le testament est atteint, ou parce que généralement les héritiers s'abstiennent d'attaquer le testament par piété et respect envers la volonté du testateur.

Reste-t-on à la théorie française ou à celle de la jurisprudence allemande, toute l'institution du testament olographe est mise en péril. Le testament olographe a été nommé « le testament de l'avenir ». Mais lorsque le testateur n'est pas certain que son testament sera validé, lorsqu'il doit craindre qu'on trouve une petite irrégu-

larité sans importance pour annuler son testament, il est très douteux qu'il testera encore en cette forme. Et une telle incertitude subsiste tant qu'on exige une date exacte en permettant en même temps la rédaction du testament en des temps différents. Comment un testateur peu instruit peut-il comprendre nettement ce que signifie une date « exacte » ? Si même il consulte des livres de doctrine ou de jurisprudence, il ne sera pas plus éclairé vu la complication de la solution française. Il saura que la date doit être « exacte » mais pas ce que cette « exactitude » veut dire. Veut-on donc maintenir l'institution du testament olographe comme un bienfait social, veut-on donner à cette institution toute l'utilité qu'elle est susceptible d'apporter, alors il faut répudier les théories illogiques qui exigent une date exacte et conclure dans le sens de la *théorie belge* qui est la seule rationnelle et qui seule est conforme à l'équité ! (1).

(1) On a encore tiré de la question de la date aussi la controverse sur la question du *placement local de la date*, et spécialement le point de savoir si la date doit à tout prix précéder la signature ou peut la suivre. Le RG. reproche à Ritgen d'être illogique par le fait que celui-ci admet que la date peut suivre la signature, bien que pensant que la date représente une déclaration de la volonté du testateur. Car si la date est une déclaration de volonté, elle doit être signée, donc précéder à tout prix la signature.

Nous avons déjà considéré ce point lorsque nous avons traité du placement de la date. On commet une énorme faute en trai-

tant la question du placement de la date à l'occasion de la question d'une date exacte et en la regardant seulement du point de vue théorique. C'est en jugeant seulement du point de vue *pratique* qu'on peut arriver à une solution *logique*.

Nous avons vu que la date joue le même rôle et a la même importance dans le testament olographe que dans tout acte sous-seing privé. Lorsqu'on date une lettre missive on n'accorde au placement de la date que peu d'importance, on l'écrit au lieu qui convient le mieux. Sur ce point, les habitudes diffèrent : les uns la mettent au commencement de l'écrit, d'autres à côté de la signature ; d'autres enfin même sous la signature. En recevant une lettre, personne n'accordera une attention quelconque au fait que la date est apposée au-dessous de la signature et c'est avec raison car le placement de la date ne peut avoir aucune importance pour nous. Il serait ridicule de vouloir, dans la vie courante, méconnaître un écrit quelconque en alléguant que la date étant placée au-dessous de la signature, elle ne compte pas, et que l'écrit ne contient donc pas de date. En effet, nous ne trouvons aucun texte de loi qui fixe pour la date une place spéciale. Dans le testament olographe la date doit être écrite par le *testateur* lui-même et *c'est en cela* que réside la preuve de l'origine de la date. Si l'on prouve que la date a été écrite par le testateur en personne, à quoi bon exiger qu'elle soit signée ? Une fois cette preuve apportée il est extrêmement subtil de soutenir que la date apposée au-dessous de la signature ne concerne pas le testament en question. C'est vouloir compliquer sans raison une situation simple et claire ! D'ailleurs, il faut bien y penser, le testateur ne songera même pas à donner une importance au lieu où il placera la date. La date peut-elle ou non représenter du point de vue théorique, la déclaration de la volonté du testateur, extérieurement elle apparaît comme une simple formule qui n'a nullement besoin d'une confirmation, comme c'est le cas avec le texte. Il faut donc conclure que lorsque la date est située au-dessous de la signature, mais dans telle relation avec elle qu'elles forment ensemble un seul tout avec le texte, et qu'on reconnaisse que la date se rapporte au testament, alors le testament est absolument valable (Dans le même sens OLG. XIV, p. 289).

CHAPITRE III

LES DISPOSITIONS ADDITIONNELLES DU TESTATEUR

Une importante controverse règne dans la doctrine et dans la jurisprudence au sujet des dispositions additionnelles sous forme de renvois, interlignes, post-scriptums et rayures. Cette question doit être traitée en relation avec la question de la date et résolue dans le même sens.

I. — *Des dispositions additionnelles dans le texte du testament.* — Il s'agit de la question de savoir si, après que le testament a été rédigé c'est-à-dire après que tous les solennités ont été remplies, le testateur peut modifier plus tard le contenu du testament ou des différentes dispositions ou ajouter dans le texte des dispositions nouvelles ? Il peut arriver qu'un testateur, après avoir écrit toutes les dispositions du testament, n'étant pas fixé sur le montant d'un legs à faire ou sur toute autre disposition et voulant tout de

même avoir son testament tout prêt, craignant qu'une impossibilité physique l'empêche plus tard d'écrire, laisse dans le texte de son testament un espace libre qu'il pense remplir plus tard. On se demande donc si après la rédaction le testateur peut remplir cet espace ? Qu'il le puisse, personne ne le conteste. Mais les partisans d'une date exacte exigent que cette disposition soit spécialement datée et signée, c'est-à-dire qu'elle soit revêtue des mêmes formalités que le testament entier. Et partant de leur point de vue, de leur présomption que la loi exige le temps de la rédaction du testament, ils concluent qu'il faut nécessairement indiquer aussi le temps où ces dispositions additionnelles ont été écrites, car elles sont, elles aussi des déclarations de la volonté du testateur tout comme le reste du testament. Nous allons examiner cette question d'abord du point de vue duquel la regardent les partisans de l'exigence d'une date exacte.

Droit français. — Il est généralement dit que toutes sortes de dispositions additionnelles comme renvois, interlignes, additions en marge du testament sont valables même alors qu'elles modifient entièrement le contenu du testament, mais à la condition qu'elles soient spécialement datées et signées car c'est seulement alors que les formalités exigées par la loi sont remplies. Mais la théorie fran-

çaise voit parfaitement qu'en exigeant une telle condition, elle est d'une rigueur excessive et non fondée. Car d'où le testateur saurait-il qu'il doit dater et signer spécialement ces additions postérieures? Il sait que le testament doit être daté et signé et il le date et signe; en ajoutant après, des nouvelles dispositions il suppose qu'elles sont couvertes par la date et signature primitives. C'est pourquoi-la théorie française envisageant ce point tente d'atténuer sa rigueur en disant que des dispositions additionnelles écrites postérieurement à la rédaction du testament sont valables même sans date et signature spéciales, pourvu qu'elles consistent en des interprétations, compléments ou éclaircissements du texte du testament (V. Cas., 13 novembre 71, S. 71, I, 122; — 16 juillet 78, S. 79, I, 119 de même Cas. belge, 13 avril 82, S. 82, IV, 43, Appel Milano, 4 fév. 90. M. 90, p. 288). Ainsi par exemple il a été jugé qu'une disposition additionnelle par laquelle le testateur augmente ou diminue le montant d'un legs, n'a pas besoin d'une nouvelle date et signature (Cas., 22 novembre 70, S. 71, I, 105).

Lorsqu'au contraire la disposition additionnelle constitue une disposition nouvelle qui est tout à fait indépendante des dispositions contenues dans le texte du testament, alors elle doit être absolument spécialement datée et signée, sous peine de

nullité, car elle représente une nouvelle déclaration de la volonté du testateur (Cas., 27 juin 60, S. 60, I, 773 ; — 16 août 81, S. 83, I, 19, dans le même sens pour le droit italien Pacifici-Mazzoni, VII, p. 15).

Naturellement, lorsque les dispositions additionnelles ont été écrites après la rédaction du testament mais dans le même jour, elles sont valables dans tous les cas, même sans date (V. Cas., 13 juillet 75, S. 75, I, 422 ; — Lyon, 27 mai 74, S. 74, II, 298) et il y aura toujours la présomption, jusqu'à la preuve contraire, lorsqu'un testament contient des additions, qu'elles ont été écrites dans le même jour que tout le testament (V. Lyon, 30 mars 1900, D. 1900, II, 202). Si les dispositions additionnelles représentent des dispositions nouvelles ou non, cette constatation appartient au juge du fait (V. Cas., 11 novembre 74, S. 75, I, 453, — 22 novembre 70, S. 71, I, 105 — 16 août 81, S. 83, I, 19). D'ailleurs si les dispositions additionnelles sont annulées, les autres dispositions contenues dans le testament restent valables, pourvu qu'elles puissent exister seules, et qu'elles forment un tout complet (V. Cas., 11 avril 43, S. 43, I, 531 ; — 20 mai 90, S. 92, I, 86).

Une opinion différente est émise par Troplong (III, n. 1474), qui admet la validité de toute disposition additionnelle sans distinction, alors même

qu'elle ne serait ni datée ni signée. En donnant cette solution, Troplong se contredit lui-même. En effet, Troplong se range à la théorie française dans la question de la date; s'il admet ensuite qu'on peut ajouter après la rédaction du testament des dispositions nouvelles sans qu'on les date et signe spécialement, alors on ne peut plus connaître le temps de la rédaction du testament. Si même le testament contient une date primitive, elle ne correspond plus aux dispositions nouvelles. Il en est de même de la signature. Il faudrait donc tirer comme conséquence de l'opinion soutenue par Troplong, que d'après lui, les dispositions du testament, le texte du testament, peuvent être écrites plus tard que le jour de la rédaction, c'est-à-dire de la signature. L'opinion de Troplong est incompatible avec sa solution de la question de la date. Lorsqu'on adopte la théorie française dans la question de la date, la conséquence nécessaire est d'exiger pour des dispositions additionnelles une nouvelle date et signature. Une nouvelle date seule ne suffira pas, la date étant attachée à la signature et devant représenter le jour de la signature.

La distinction entre des dispositions additionnelles représentant des dispositions nouvelles et celles qui sont seulement interprétatives est d'après nous, tout à fait illogique et incertaine. Car com-

ment peut-on reconnaître si une disposition est seulement interprétative ou représente au contraire une nouvelle déclaration de volonté? Existe-t-il une mesure d'après laquelle on pourrait faire cette distinction? La théorie française laisse cette tâche au gré du juge du fait, ce qui est très risqué, car aucune limite ne lui est assignée. Ensuite, c'est donner au juge un pouvoir excessif que de lui permettre de faire annuler des dispositions du testateur, d'après sa simple opinion. D'ailleurs, d'où dérive la distinction qu'on veut faire? La loi en parle-t-elle? Si on suppose que la loi exige le temps de l'indication de la disposition, peu importe le contenu de cette disposition; que le sens soit nouveau, qu'il soit interprétatif, le temps de l'indication doit absolument être indiqué dans tous les cas. La distinction faite par la théorie française n'a aucun fondement, aucune base. Nous avons vu d'ailleurs en traitant la question de la date que l'exigence même dans une catégorie spéciale de dispositions additionnelles d'une nouvelle date et signature et encore d'une date exacte est entièrement illogique.

Droit allemand. — Plus compréhensible est le système de la doctrine et de la jurisprudence allemande qui exigent une date exacte. Ce système demande que toutes sortes de dispositions additionnelles écrites après la rédaction du testament

soient spécialement datées et signées. Comme le RG. (LI, p. 169, ss.) le remarque, la date doit couvrir le *contenu complet du testament*, ce qui n'a pas lieu lorsqu'on introduit dans l'intérieur du testament des dispositions additionnelles après la date indiquée sans qu'on indique en même temps leur date. Si donc ces dispositions additionnelles ne sont pas datées exactement, elles sont nulles. Il paraît néanmoins que ces additions ne doivent pas, d'après la doctrine, être *signées* de nouveau, car on soutient qu'elles sont couvertes par la signature primitive. Herzfelder, p. 534, explique qu'en cas de changement du contenu du testament par des dispositions additionnelles postérieures, la rédaction, respectivement l'achèvement du testament dans sa nouvelle forme « est prolongée jusqu'au moment où le changement en question est effectué et l'indication de ce jour et aussi du lieu, s'il est éventuellement différent du lieu primitif, est exigée par la loi pour la validité du testament ». Du point de vue de Mantey et Herzfelder qui admettent que la date peut être écrite plus tard que la signature, cette argumentation est tout à fait raisonnable. Mais d'après la conception du RG. en ce qui concerne la date, il faut absolument une nouvelle signature, car autrement la nouvelle date ne correspondra plus du point de vue du temps avec le texte *et* aussi avec la signature.

Le KG. s'est exprimé dans la question des dispositions additionnelles dans le même sens que le RG. (V. KG. 4 novembre 1904, OLG. X, p. 307 ; — 5 octobre 1903 dans OLG. VII, p. 361).

Droit belge. — Plus simple et claire est la question des additions postérieures d'après la solution donnée par la théorie *belge*. Etant au gré du testateur, comme nous l'avons vu, d'indiquer la date qui lui plaît, de la question des dispositions additionnelles se résout d'elle-même. Comme d'après cette théorie le texte du testament n'est pas généralement clos d'une manière définitive, le testateur peut y ajouter des dispositions nouvelles et soit les dater spécialement, soit, s'il le préfère, les laisser sous la date primitive ; les additions sont-elles datées expressément, alors on les considère écrites à cette date ; si, au contraire, on les laisse sous la date du testament, alors on les considère écrites dans le même temps que tout le testament. En somme, que les dispositions additionnelles soient ou non datées, peu importe ; on se base seulement sur la volonté du testateur. (Quant à la signature des additions, nous n'en dirons rien ; car s'il n'y a pas nécessité absolue d'une date spéciale, il ne faut pas non plus l'indication d'une nouvelle signature, la date étant, d'après la théorie belge, indépendante de la signature). Quel avantage énorme apporte cette théorie si nous la

comparons avec les autres ! En effet, la grande utilité du testament olographe consiste dans le fait qu'il est toujours entre les mains du testateur qui peut modifier ou compléter ses dispositions sans qu'il ait la moindre difficulté, sans que personne s'en aperçoive. Le testament olographe est le reflet de la volonté. Le testateur peut modifier ses dispositions quand il le veut et n'est pas obligé, comme pour le testament authentique d'en rédiger de nouveau un autre. Combien des testateurs qui ont testé sous forme authentique, sont retenus par les formalités requises pour la rédaction du testament authentique, de faire connaître leur changement de volonté ! Dans le testament olographe, au contraire, nous n'avons qu'à faire quelques additions, quelques interlignes pour modifier le sens des dispositions primitives et les faire ainsi valoir. Lorsque nous avons devant nous un testament olographe qui contient des nombreux interlignes, des renvois, etc., alors on peut avec raison dire que c'est *ce* testament qui représente vraiment l'exacte et *dernière* volonté du testateur, car on est ainsi certain que le testateur a lu souvent son testament et a exprimé dans les dispositions additionnelles sa plus récente volonté.

Adopte-t-on la conception de ceux qui exigent une date exacte, tant pour le testament que pour les dispositions additionnelles, il faudra déclarer

nulles ces additions lorsqu'elles sont datées, par erreur, inexactement. On aura alors le même effet déplorable que pour le testament tout entier. A cela, il faut ajouter encore que ces additions étant déclarées nulles, elles peuvent entraîner avec elles la nullité de *tout le testament*. D'après le § 2085 BGB, la nullité d'une disposition entraîne celle des autres dispositions s'il y a lieu de supposer que le testateur ne les aurait écrites s'il avait su que la disposition précédente serait annulée. Si donc le testateur a écrit dans une interligne, ou renvoi, postérieurement à la rédaction du testament, une disposition très importante qui est en très étroite relation avec le restant du testament, s'il a daté inexactement par erreur cette disposition additionnelle, tout le testament sera déclaré nul. Nous pouvons donc voir à quelle extrême conséquence on arrive avec l'exigence d'une date exacte !

Il faudra donc repousser la conception de la théorie d'une date spéciale et exacte pour les dispositions additionnelles et conclure, comme nous l'avons déjà montré en traitant la question de la date, que des dispositions additionnelles faites dans le testament après sa rédaction sont valables, même alors qu'elles n'ont pas été datées et signées spécialement.

Naturellement ces dispositions additionnelles

sont nulles lorsqu'elles ont été écrites pendant l'incapacité du testateur ou pendant le temps où il a été soumis à des influences dolosives.

En ce qui concerne l'interprétation de ces additions il faut remarquer que lorsque quelques-unes d'elles ne sont pas intelligibles ou lisibles, il faudrait les négliger et les considérer comme inexistantes. D'ailleurs cette distinction appartient au juge du fait.

II. — *Des dispositions additionnelles extérieures au texte du testament (post-scripta).* — Que faudra-t-il décider lorsque les dispositions additionnelles auront été écrites au-dessous de la signature, en dehors du texte du testament ? Il arrive souvent que le testateur, quelque temps après la rédaction du testament voulant ajouter quelques dispositions et ne pouvant les écrire dans l'intérieur du texte sous forme d'interlignes ou en marge, parce qu'il craint une confusion parmi les dispositions ou par manque de place disponible, les écrit en dehors du testament, au-dessous de la signature. Ces post-scripta (Nachschriften) ou nota bene, doivent être absolument sous signées, car elles forment une déclaration de volonté indépendante et doivent donc être signées pour qu'on acquière la certitude qu'elles représentent vraiment la volonté du testateur. Lorsqu'elles ne sont pas signées, elles ne sont pas prises en considération.

Sur ce point, toutes les doctrines sont unanimes. Mais il n'en est pas de même en ce qui concerne la date. La théorie française fait ici la même distinction que pour les dispositions additionnelles écrites dans l'intérieur du texte du testament. Représentent-elles des interprétations du texte du testament, alors elles ne doivent pas être datées spécialement, à l'inverse elles doivent être datées si elles représentent des dispositions nouvelles, à moins qu'elles soient écrites le jour même de la date du testament, dans quel cas il ne leur faut pas de date spéciale.

D'après la conception de la jurisprudence *allemande* et des auteurs qui s'y rallient, toutes sortes de post-scripta doivent absolument être datées sous peine de nullité (V. aussi OLG. X, p. 307).

La seule solution logique est, d'après nous, celle de la théorie *belge*, qui juge qu'il est au gré du testateur de dater ou non ces post-scripta.

Pourtant, s'il est constaté que ces post-scripta sont en réalité sans aucune relation avec le testament, qu'il s'agit donc plutôt d'un nouveau testament, alors elles doivent être datées spécialement. Nous avons alors, en effet, un nouveau testament qui doit, pour être valable, remplir les solennités exigées par la loi. S'agit-il d'un nouveau testament ou seulement d'un post-scriptum, la distinction incombe au juge du fait.

CHAPITRE IV

DE LA FORCE PROBANTE DU TESTAMENT OLOGRAPHE ET DU FARDEAU DE LA PREUVE

Dans la discussion de la date nous avons rencontré quelques points concernant la question de la preuve. Nous allons l'examiner maintenant plus longuement, en exposant d'abord l'état des différentes théories qui la concernent dans les divers pays que nous avons spécialement en vue ; nous ferons ensuite la critique de ces théories.

Droit français. — La doctrine et la jurisprudence française sont unanimes à reconnaître que le testament olographe n'est qu'un acte sous-seing privé (V. Cas. 23 mars 85, S. 85, I, 491 ; Laurent, XIII, n° 229 ; Demolombe, XXI, n° 142, etc. Dans le même sens pour le droit italien Pacifici-Mazzoni, VII, p. 33). D'ailleurs le Code civil le dit également dans son art. 999, tandis qu'il appelle le testament public « authentique » (art. 1317).

Le testament olographe est un acte sous-seing privé. Par conséquent, les héritiers auxquels on l'oppose peuvent toujours méconnaître l'écriture et la signature du défunt (art. 1324). Il résulte donc que le légataire qui se base sur le testament olographe pour en déduire des droits, doit prouver que le testament a été vraiment écrit et signé par le défunt (art. 1324). (Dans le même sens pour le droit italien. V. Pacifici-Mazzoni VII, p. 34). Les légataires que nous avons ici en vue et pour lesquels il y a à appliquer cette solution sont les légataires à titre universel ou particulier, lorsqu'ils se trouvent en face de tout ordre d'héritiers, les légataires universels en présence d'héritiers réservataires ou en face d'héritiers non réservataires, lorsqu'ils n'ont pas été envoyée en possession selon l'art. 1008, Cc. Cette répartition de la preuve à faire reste la même lorsque le testateur avait déposé son testament chez un notaire en déclarant que le testament déposé est véritablement son œuvre et que le notaire avait dressé à cet effet un acte de dépôt, car même dans ce cas le testament reste toujours un acte sous-seing privé. Avant le Code Napoléon on admettait que lorsque le testateur se présente devant un officier public et reconnaît le testament olographe, qu'il dépose un acte de dépôt ayant été dressé, ce testament avait la force d'un testament authentique (V. Furgole, I, chap. II, sect.

VI, n. 4). (Il faut remarquer qu'il s'agit ici seulement des coutumes qui avaient regardé le testament olographe comme un acte sous-seing privé et non pas de celles d'après lesquelles le testament olographe par soi-même avait la force probante d'un testament authentique comme par exemple dans la coutume de Paris, art. 289. V. Furgole, chap. II, sect. VII, n. 4). A cette opinion se sont ralliés même sous l'empire du Code civil quelques auteurs : Grenier, II, n° 292, Coin-Delisle, art. 1007-1008, n° 3, Duranton, IX, n° 43, et autres. Ils s'appuient pour leur argumentation sur l'art. 1322 qui dit : « L'acte sous-seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique. » Donc, disent-ils, si le testateur a reconnu le testament comme vrai, ce testament doit avoir la même force probante que le testament authentique. Mais cette argumentation n'est pas juste. Cet article ne peut valoir dans la question qui nous préoccupe car ce n'est pas au *testateur* que l'acte est opposé mais *aux héritiers* et ceux-ci ne le reconnaissent pas. D'ailleurs, le notaire établit dans l'acte de dépôt non qu'il a vu lui-même que le testateur en personne avait rédigé le testament mais seulement que le déposant avait déclaré qu'il a écrit et signé le testament.

Il faut de même observer que le législateur l'aurait déclaré dans un texte spécial s'il avait partagé l'idée que par la déposition chez le notaire le testament olographe acquiert la force probante du testament authentique. Or, aucun texte de loi ne se prononce dans un sens pareil. Il faut donc conclure comme nous l'avons déjà dit, que dans le cas présent le testament olographe reste tout de même un acte sous-seing privé et que le légataire doit prouver la sincérité de l'écriture et de la signature si les héritiers déclarent les méconnaître (V. aussi Laurent, XII, n° 230, Demolombe, XXI, n° 143, Baudry-Lacantinerie et Colin, n° 1983).

La même solution devra être appliquée dans le cas où le testament a été déposé après le décès du testateur chez un notaire en vertu d'une ordonnance du juge qui aurait ouvert ce testament et dressé acte selon l'art. 1007 Cc. Dans ce cas comme dans le cas précédent le testament reste toujours un acte sous-seing privé et le légataire a à prouver son exactitude, si les héritiers le méconnaissent (V. Demolombe, XXI, n° 144, Laurent, XIII, n° 231, pour la jurisprudence belge, Nivelles, 15 janvier 1893. Pas. 1893, III, 290). En effet, le juge ne recherche pas si le testament a été véritablement rédigé par le défunt mais constate seulement l'existence et l'état du testament afin qu'une substitution n'y puisse pas être faite.

Une importante controverse existe pour le cas où, le légataire universel étant envoyé en possession par une ordonnance du président du tribunal, lorsqu'il n'existe pas d'héritiers réservataires, le testament est attaqué. Faut-il dans ce cas que le légataire prouve que le testament a été vraiment écrit par le défunt ou est-ce à l'héritier qui méconnaît le testament de démontrer qu'il est faux?

La jurisprudence a dans cette question donné une solution différente de celle de la majorité des auteurs. Elle partage l'opinion que lorsque le légataire universel a été envoyé en possession (conf. articles 1006 et 1008 Cc.) sans qu'il y ait des héritiers réservataires, c'est lui qui est le possesseur tant de droit que de fait. Et lorsqu'un héritier apparaît et demande le délaissement de la succession du défunt, il doit prouver d'après les principes généraux (art. 1315 Cc.) que le légataire universel a été injustement envoyé en possession. Car, en ce cas le légataire universel, sur la base de l'envoi en possession, a pris la place des héritiers réservataires, en prenant possession de la succession du défunt, et l'héritier qui réclame cette succession apparaît comme un étranger. En plus, le testament acquiert par l'envoi en possession du légataire une sorte de force probante qui lui donne une présomption de sincérité, de sorte que c'est à l'héritier qui soutient que le testament est

faux qu'il faut imposer le fardeau de la preuve (V. Cas. 21 juillet 52. S. 52, I, 655; — 23 août 53. S. 53, I, 756; — 25 juin 67. S. 67, I, 389; — 5 août 72. S. 72, I, 349; — 10 janvier 77. S. 77, I, 303; — 21 avril 1902. S. 1902, I, 340; — 29 mars 1904. S. 1904, I, 448). Les arrêts de la Cour de Caen du 2 juin 51 (S. 52, II, 13) et 17 janvier 52 (S. 53, II, 411) et de la Cour de Douai du 10 mai 54 (S. 54, II, 435) concluent dans un sens contraire. De même pour le droit belge, Nivelles, 13 janvier 95. Pas. 95, III, 290. Dans le sens de la Cour de cassation se prononcent dans la doctrine : Toullier, III, n. 503, Duranton, IX, n. 46, Troplong, III, n. 1500, Coin-Delisle, art. 1008, n. 17-18, Grenier, II, n. 292).

Pourtant cette solution est tout à fait incorrecte et repose sur une fausse présomption. En effet, il faut d'abord admettre que le légataire étant le possesseur, l'héritier qui réclame la succession du défunt doit prouver les droits qu'il a sur elle. Mais l'héritier ne peut se baser ici sur l'argument, par exemple, que le testament est faux, car il est probable qu'il ne l'a jamais vu, et qu'il n'en a jamais entendu lecture. Ce que l'héritier peut prendre comme base de sa réclamation, comme sa légitimation, c'est son droit de succession *ab intestat*, c'est le lien de parenté qui l'unit au défunt. Il n'a pas autre chose à prouver. Une fois qu'il prouve son droit de succession *ab intestat*, c'est lui qui

apparaît comme le propriétaire véritable de la succession du défunt, tandis que le légataire devient celui qui réclame cette succession, qui veut en avoir la possession. Les rôles sont donc intervertis. Dès lors comment se défend le légataire ? *Actori incumbit probatio*. C'est lui qui est maintenant *l'actor* ! Il doit donc prouver son droit à la succession, ce qu'il peut faire seulement en se basant sur le testament olographe qui l'appelle à cette succession et alors il résulte comme conséquence nécessaire qu'il doit démontrer la validité de ce testament, c'est-à-dire que celui-ci a été vraiment écrit, daté et signé par le défunt. D'ailleurs, pourquoi veut-on changer la répartition du fardeau de la preuve lorsque le légataire est mis en possession de la succession ? Est-ce que par l'envoi en possession le juge établit que le testament est sincère et valable ? Non ! Nous l'avons déjà dit plus haut. Le juge ordonne l'envoi en possession, car le légataire se basant sur le testament, donc sur un acte sous-seing privé seulement, ne pourrait sans l'ordonnance du juge entrer en possession de la succession. Il faut donc remarquer que même par l'envoi en possession la nature du testament olographe reste la même, le testament olographe reste donc toujours un acte sous-seing privé. Et d'après les principes généraux de la preuve, c'est le légataire universel qui se base sur ce

testament qui doit prouver, lorsque l'héritier méconnaît le testament, qu'il a été vraiment écrit et signé par le testateur (V. dans ce sens Laurent, XIII, n. 232 ss, Baudry-Lacantinerie et Colin, n. 1987, Demolombe, XXI, n. 146 ss., Marcadé, art. 1008).

La Cour de cassation, tout en maintenant sa thèse, a néanmoins essayé de diminuer le fardeau de la preuve qui, d'après elle, pèse sur l'héritier, en ajoutant à la règle générale une sorte d'exception. Elle dit en effet qu'il peut arriver qu'à l'encontre de la règle générale, dans certains cas ce soit au légataire universel envoyé en possession de la succession qu'on impose le fardeau de la preuve. Ce sera le cas s'il existe des présomptions qui font suspecter que le testament n'est pas réellement l'œuvre du défunt (V. Cas. 11 novembre 1829, S. 1829, I, 410 ; — 6 mai 1856, S. 57, I, 480 ; — 21 mai 1860, S. 1861, I, 79.) La Cour de cassation a dû recourir à cette distinction à cause du péril de la falsification du testament. En effet, si on suivait sa solution, un grand danger est à craindre dans tous les cas où le défunt ne laisse pas d'héritiers réservataires ; il consiste dans le fait que toute personne peut produire un testament comme dérivant du défunt où il est institué légataire universel et exiger son envoi en possession. Comme l'envoi en possession ne peut lui être refusé lors-

qu'il présente un testament extérieurement correct, il entrera en possession de la succession. Il faudra alors que les héritiers non réservataires prouvent que le testament est faux, ce qui peut être très difficile dans beaucoup de cas, parfois même impossible. La Cour de cassation, par l'exception qu'elle admet, reconnaît elle-même que sa solution générale est injuste et irrationnelle. D'ailleurs, comment la Cour de cassation prétend-elle discerner des autres le cas où le testament apparaît comme suspect? Simplement d'après l'opinion du juge du fait? Nous pensons que ce serait attribuer trop de pouvoir au juge que de lui permettre d'imposer éventuellement à l'héritier le fardeau de la preuve.

Une fois que l'héritier a reconnu le testament, peut-il plus tard, soutenant que le testament est faux, forcer le légataire à faire la vérification du testament? Sans aucun doute, ce n'est pas admissible. Par la reconnaissance du testament, le testament olographe acquiert la force probante d'un testament authentique envers cet héritier et c'est à celui-ci, lorsqu'il le méconnaît plus tard, de prouver la véracité de ses affirmations. La reconnaissance de la sincérité du testament peut avoir lieu tant expressément que tacitement. Si le testament a été ou non reconnu, c'est une question de fait. Une reconnaissance tacite pourrait éventuellement être

supposée lorsque l'héritier, quoique ayant appris que le légataire universel a été envoyé en possession de la succession, ne se présente pas, pendant un long délai, pour faire valoir ses droits.

Ce que nous avons dit pour le cas précédent, doit valoir aussi dans le cas où l'héritier affirme après la reconnaissance, que c'est par erreur qu'il avait reconnu le testament et qu'en fait il ne l'avait pas même vu. Dans ce cas également le fardeau de la preuve doit être imposé à l'héritier, dans le sens qu'il doit faire la preuve de la fausseté du testament (V. Laurent, XIII, n° 239, Merlin, Rép. Testament, sect. II, § IV, art. VI, n° 4, Démolombe, XXI, n° 152 ss.).

En ce qui concerne la preuve, en général, que l'acte a été réellement ou non écrit par le testateur, elle est à faire comme toute vérification d'écriture d'un acte sous-seing privé, donc aussi par experts et témoins. Le juge du fait a un pouvoir absolu d'appréciation. Il peut faire ordonner une constatation par des experts et, s'il le fait, il n'est néanmoins pas lié par leur avis (V. Cas. 10, janvier 77, S. 77, I, 403 ; — 23 mars 85, S. 85, I, 491).

Nous avons vu que le légataire universel qui se base sur le testament pour en déduire des droits a à prouver la sincérité de l'écriture et de la signature. Une question se pose alors du point de vue

de la théorie française : Une fois l'écriture et signature reconnues vraies, le *testament fait-il foi de sa date* ?

La jurisprudence et presque toute la doctrine sont unanimes à reconnaître qu'après la vérification d'écriture établissant la sincérité de l'écriture et de la signature, le testament fait foi de sa date (V. Cas. 21 août 76, S. 77, I, 157; — 11 janvier 86, S. 86, I, 337; — 11 juin 1902, S. 1903, I, 117; Nancy, 10 mars 88, S. 89, II, 105; Bourges, 18 novembre 1903, S. 1904, II, 228; Baudry-Lacantinerie et Colin, n. 1922, Demolombe, XXI, n. 155; Toullier, V, n. 377). Une opinion toute différente est émise par Laurent, XIII, n. 240.

La thèse d'après laquelle le testament olographe, comme acte sous-seing privé, fait foi de sa date seulement lorsque les conditions de l'art. 1328 Cc. sont remplies, est inexacte, car l'art. 1328 ne se rapporte pas au testament olographe. En effet, l'art. 970 Cc. dit qu'une fois le testament écrit, signé et daté, il est complet et « n'est assujetti à aucune autre forme ». Il en résulte donc que le testament fait, par lui-même, foi de sa date; car s'il fallait remplir encore les formalités de l'art. 1328 Cc. il serait alors assujetti en dehors de l'écriture, signature et date, à des formalités supplémentaires, contrairement à l'art. 970 Cc. D'ailleurs

certaines coutumes donnaient aussi anciennement à la date du testament olographe une force probante égale à celle du testament authentique. Il faut aussi remarquer que la loi demandant que le testament soit daté pour être valable, elle le fait justement parce qu'elle veut accorder à cette date une force probante. Il faut donc conclure que le testament olographe une fois reconnu comme étant réellement écrit et signé par le défunt, fait foi de sa date vis-à-vis de tous. Un testament olographe peut donc révoquer valablement un testament authentique antérieur. Lorsqu'on se trouve en présence de plusieurs testament différents, on se basera, pour reconnaître le plus récent, sur la date que le testateur a donnée à chacun de ses testaments. Aussi, dans le cas où le testateur pendant un certain espace de temps a été incapable, on se guidera seulement d'après la date contenue dans le testament pour dire si le testament a été ou non rédigé pendant la capacité du testateur. Si donc le testateur a indiqué dans le testament une date qui tombe dans le temps de sa capacité, il faudra supposer que le testament a été vraiment rédigé à cette date.

Le testament olographe fait foi de sa date mais seulement jusqu'à la preuve contraire. La jurisprudence dans ses anciens arrêts (Cas. 8 juillet 23. S. 25, I, 31 ; — 29 avril 24. S. 24, I, 176 ; —

4 janvier 47. S. 47, I, 237 ; — 22 janvier 53. S. 53, I, 328, Paris, 17 juin 22. S. 23, II, 33. V. aussi Bruxelles, 15 avril 25. S. 25, II, 419), n'admet pas simplement la preuve contraire mais exige l'inscription de faux ; la doctrine pourtant ne partage pas cet avis. Tous les auteurs sont unanimes à dire que la preuve contraire que la date est inexacte, est admissible (V. Laurent, XIII, n. 245, Huc, VI, n. 281, Demolombe, XXI, n. 164). Pourtant la preuve contraire ne peut être faite dans tous les cas par tous les moyens de preuve. Les moyens de preuve dont on pourrait se servir diffèrent avec la preuve qu'on veut faire. Ainsi tous les moyens de preuve sont admissibles lorsqu'il s'agit de prouver qu'une date inexacte a été indiquée pour cacher la nullité du testament. Ce sera le cas lorsqu'on voudra prouver que le testament est nul à cause des influences dolosives exercées sur le testateur. Dans un cas pareil on est sûr que les gens qui ont influencé le testateur feront donner au testament une date inexacte, c'est pourquoi tous les moyens de preuve sont admissibles pour prouver l'inexactitude de la date, même la preuve par témoins (art. 1348, 1353 Cc.). Et, en effet, la date étant une partie du testament, on peut prouver qu'elle a été écrite pendant que le testateur a été soumis à des influences dolosives, comme on peut le faire à propos de toute autre partie du testament

(V. Cas. 21 août 76. S. 77, I, 157 ; — 11 juin 1902. S. 1903, I, 115). Il en sera de même lorsqu'on soutiendra que le testament a été écrit pendant l'incapacité du testateur. Dans ce cas aussi tous les moyens de preuve sont admissibles pour prouver l'inexactitude de la date.

Si dans les cas précédents tous les moyens de preuve sont admissibles, il n'en est pas de même, lorsqu'il s'agit de prouver simplement l'inexactitude de la date sans qu'on allègue aussi l'incapacité du testateur pendant la rédaction ou des influences dolosives exercées sur lui ; en ce cas on peut le faire seulement avec des éléments contenus dans *le contenu du testament même* et on ne peut pas se servir d'autres preuves. Il résulte donc que lorsque dans un cas pareil, l'inexactitude de la date ne peut être reconnue *dans le testament même, toute preuve d'inexactitude de la date est exclue*. Car alors il s'agit seulement de prouver l'inexactitude de la date *comme manque de forme* et en ce cas il faut chercher seulement dans l'acte lui-même l'inexactitude sans distinguer si l'inexactitude de la date a été volontaire ou si elle a été le résultat d'une erreur (V. Cas. 11 août 54. S. 54, I, 742 ; — 10 décembre 83, S. 84, I, 264 ; 3 mai 59, S. 59, I, 369 ; — 11 janvier 86. S. 86, I, 337 ; — 11 juin 1902. S. 1903, I, 117, Bourges, 18 novembre 1903. S. 1904, II, 228, Nancy, 22 octobre 1904. S. 1905,

II, 165, Orléans, 8 mars 1906. S. 1907, II, 77). Mais on peut se servir de moyens de preuve extérieurs, lorsque l'inexactitude de la date ressort de *l'intérieur du testament même*.

Il faut de nouveau bien remarquer que ces moyens de preuves extérieurs ne sont pas admis si *la base de l'inexactitude* ne se trouve pas *dans le testament même*. Elles peuvent servir seulement comme des accessoires à la preuve résultant de l'intérieur du testament même (1).

Lorsqu'un testament olographe contient des rayures dans son texte, c'est le légataire qui aura à prouver qu'elles ont été faites par le testateur.

Droit allemand. — En ce qui concerne la force probante du testament olographe et l'attribution du fardeau de la preuve dans le droit allemand, il faut remarquer qu'elles sont réglées d'après les principes généraux qui régissent les actes sous-seing privé. En premier lieu il est unanimement reconnu que le légataire doit faire la preuve de la sincérité du testament olographe dont il veut dé-

(1) Nous avons vu que dans beaucoup de cas l'inexactitude de la date est reconnue par le filigrane du papier timbré sur lequel le testament olographe est écrit. Cette preuve a été considérée comme étant faite par le testament même (Cas. 4 janvier 47. S. 47, I, 357 ; — 8 janvier 79. S. 79, I, 165, Lyon, 25 juin 75, S. 76, II, 55). Pourtant tous les arrêts ne se sont pas prononcés dans ce sens (V. Nancy, 14 février 80. S. 81, II, 238, Rouen, 11 février 84. S. 85, II, 174).

duire des droits (§ 440 CPO.). Il existe pourtant une controverse sur le point de savoir si les dispositions du § 440, 2 CPO. sont applicables ou non au testament olographe. Le § 440, 2, dit : « La sincérité de la signature étant établie, il existe une présomption que l'écriture placée au-dessus de la signature est également sincère ». Si l'on applique cette disposition au testament olographe, il en résultera que le légataire qui se base sur le testament, lorsque le testament est méconnu par les héritiers, aura à prouver *seulement la sincérité de la signature*. Cette preuve une fois faite, le texte, y compris la date si elle est placée au-dessus de la signature, seront présumés sincères. Cette opinion est émise par Dernburg (Erbrecht § 30, III). Pourtant tous les autres auteurs sont unanimes à reconnaître que le § 440, 2, CPO. n'est pas applicable au testament olographe (V. Herzfelder, § 2231. G., Planck, § 2231, n. 6., Endemann III § 27 Anm. 19). Nous nous rallions également à cette thèse. Quelle peut donc être la vraie signification du Absatz 2 du § 440 CPO. ? Il contient une présomption légale de la sincérité du texte de l'acte écrit au-dessus de la signature, c'est-à-dire la présomption que le texte de l'écrit représente *une déclaration du soussigné*, lorsque la sincérité de la signature est établie (V. Gaupp-Stein, I, § 440, II). Pourtant dans le testament olographe

la loi n'exige pas seulement la signature par le testateur, mais aussi, comme *formalité essentielle*, l'écriture *par le testateur lui-même* du texte et de la date, sous peine de nullité du testament. La signature, même si elle fait présumer que le texte représente une déclaration du testateur, ne donne pas naissance à la présomption que le texte a été réellement écrit *par le testateur lui-même*. Mais le légataire qui veut faire valoir le testament olographe doit prouver que celui-ci est sincère et fait dans les formes exigées par la loi. Et comme l'écriture *personnelle* du texte et de la date est une formalité essentielle, il aura donc aussi à faire la preuve que le texte et la date ont été écrits réellement *par le testateur*. D'ailleurs, cette vérification ne lui serait pas difficile, car il pourra produire la preuve de la sincérité par tous les moyens, c'est-à-dire aussi par comparaison d'écriture § 441, 442 CPO. et aussi par la délation de serment conf. aux §§ 445 ss. CPO. Si le légataire fait la preuve de la sincérité de la signature cf. § 441 CPO, par comparaison d'écriture, il ne lui serait pas difficile de prouver celle de l'écriture de tout le testament.

Une fois la sincérité du testament établie, ce testament (d'après la théorie de la date exacte) *fait foi de sa date*, c'est-à-dire qu'on présume jusqu'à preuve contraire que la date est exacte (V.

RG., VII, p. 292, ss. ; — XII, p. 315, ss., Herzfelder, § 2231, C. 6, Endemann, III, § 27, nota 19, Dernburg § 30, III).

Le RG. (XII, p. 315 ss.) développe cette thèse. Après avoir cité l'art. 970 Cc. pour montrer que le testament olographe n'est pas soumis à d'autres formes que celles de l'art. 970 Cc., il remarque que le testament olographe n'est pas un simple acte sous-seing privé mais l'expression de la dernière volonté du testateur. Il résulte donc qu'on ne peut pas espérer de la part du testateur qu'il effectuera encore en plus quelque démarche supplémentaire telle qu'un dépôt, pour assurer au légataire l'exactitude de la date ; ensuite les dispositions du § 416, CPO. ne sont pas du tout applicables au testament olographe, car le refus de reconnaître l'exactitude de la date indiquée par le testateur ne vise pas la force probante de l'écrit, c'est seulement une attaque contre le testament pour manque de forme. Si donc l'héritier allègue que le testament est nul en raison de l'absence de cette formalité, il doit prouver ce manque de forme. Il résulte donc qu'un testament pourvu de sa date et extérieurement parfaitement régulier, dont la sincérité de l'écriture et de la signature est établie, fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire, c'est-à-dire qu'il est présumé rédigé aux jour et lieu indiqués.

Considère-t-on cette question du point de vue pratique, on doit d'autant plus accepter cette solution. En effet, si on exigeait encore du légataire la preuve de l'exactitude de la date, on réduirait le testament olographe à une inutilité totale et tout le monde s'abstiendrait désormais de tester sous cette forme, à cause de l'énorme fardeau de preuve qui pèse sur le légataire. Quand le légataire a prouvé que le testament est sincère, sa tâche est finie ; car comment pourrait-il prouver l'exactitude de la date ? S'il lui fallait le faire, la grande majorité des testaments ne seraient pas valables, car une pareille preuve est extrêmement difficile à faire. Au contraire, lorsqu'on impose à l'héritier le fardeau de la preuve s'il allègue que la date est inexacte, on agit d'une manière plus raisonnable. On objecte qu'il est injuste d'imposer à l'héritier cette preuve difficile car, dit-on, la preuve de l'inexactitude de la date est pour l'héritier aussi difficile que la preuve de l'exactitude pour le légataire. A cela il faut répondre d'abord que la preuve que l'héritier doit produire, c'est-à-dire l'inexactitude de la date, lui est beaucoup plus facile, car il a seulement à prouver par exemple que le testateur a été au jour de la date dans une impossibilité physique de rédiger son testament ou que le testateur se trouvait, au jour indiqué, à un lieu différent de celui indiqué dans le testa-

ment. La preuve négative est donc plus facile que la preuve positive. D'ailleurs, c'est assez d'exiger que le légataire prouve la sincérité du testament ; s'il devait encore prouver l'exactitude de la date, alors on peut être sûr que les héritiers allègueraient presque toujours l'inexactitude de la date pour empêcher la validité du testament ou seulement pour chicaner le légataire. Il faut donc conclure que, lorsqu'on adopte la théorie de l'exigence d'une date exacte, le testament fait foi de sa date, jusqu'à la preuve contraire.

Droit belge. — Nous avons rencontré, en parlant de la question de la date, la question de l'attribution du fardeau de la preuve du point de vue de la *théorie belge*. Nous avons vu qu'il faut considérer exacte toute date indiquée par le testateur. Le légataire donc qui se base sur le testament doit prouver que le testateur a été capable à la date indiquée. Si l'héritier allègue que le testateur a été incapable ou soumis à des influences dolosives pendant la rédaction du testament, il doit prouver l'inexactitude de la date du testament, c'est-à-dire établir la vraie date et prouver que le testateur a été, à ce temps, incapable ou soumis à des influences dolosives. L'héritier peut attaquer le testament seulement lorsqu'il allègue ces deux motifs précédents, mais il ne le peut pas sous le simple prétexte que le testament est daté

inexactement, car la date indiquée par le testateur est toujours considérée exacte. C'est en cela que réside le grand avantage de la théorie belge !

En ce qui concerne le fardeau de la preuve en général, en Belgique comme dans les autres pays, le légataire a à prouver que le texte, la date et la signature ont été écrites réellement par le testateur en personne.

CHAPITRE V

DE LA RÉVOCATION DU TESTAMENT OLOGRAPHE

Nous ne traiterons pas dans ce chapitre de la révocation du testament olographe dans toute son étendue, dans toutes les hypothèses possibles, mais seulement en *tant que ses modes de révocation diffèrent de ceux des autres formes testamentaires*, c'est-à-dire pour ce qui vise exclusivement le testament olographe.

I. — *Généralités.* — Pour révoquer, comme pour tester, il faut être *capable*. A cette règle il existe une exception dans le BGB, introduite par le Bundesrat, qui statue qu'un testateur déclaré incapable pour cause d'aliénation mentale, prodigalité ou ivrognerie, bien qu'il soit incapable de rédiger un testament nouveau est néanmoins capable de révoquer entièrement ou partiellement un testament qu'il avait rédigé dans le temps de sa capacité. V. § 2253, 2 BGB.

II. — *Les variétés de révocation.* — Un testament olographe peut être révoqué : I) expressement ou II) tacitement.

α. — La révocation expresse peut avoir lieu *expressis verbis*, c'est-à-dire lorsque le testateur déclare dans un nouveau testament valablement rédigé qu'il révoque le testament antérieur. Un testament olographe peut révoquer un testament authentique et inversement. Le testateur doit choisir comme forme pour le testament par lequel il en révoque un autre, une forme pour laquelle il a aussi une capacité positive de tester. Par conséquent, un mineur en Allemagne, qui avait testé dans la forme authentique (d'après le § 2238, 2 BGB) ne peut pas, pendant sa minorité, révoquer ce testament par un testament olographe mais seulement par un autre testament authentique.

Il existe une controverse sur la question de savoir si un écrit rédigé dans la forme d'un testament olographe qui contient la révocation d'un testament antérieur est valable, *lorsqu'il ne contient pas d'autres dispositions que celles de la révocation*. Marcadé (art. 1035, n° 168) soutient qu'il ne suffit pas que l'écrit qui révoque le testament antérieur ait les formes d'un testament, mais il faut qu'il soit en réalité soi-même un testament, donc contenir une disposition sur la succession du testateur. Dans le même sens Laurent XIV, n° 186.

Cette opinion est entièrement inexacte et illogique. Car l'écrit qui révoque le testament antérieur est lui aussi un testament car il contient une disposition sur la succession. En effet, le testateur dispose ainsi sur sa succession en la retirant au légataire et en l'attribuant à ses héritiers. Voudrait-on suivre la solution contraire et exiger absolument une disposition spéciale dans le testament par lequel on en révoque un précédent, le testateur pourrait s'y conformer très facilement en disposant dans ce testament *pro forma* d'un legs infime, sans la moindre importance. Pourquoi alors cette exigence ? On doit donc conclure qu'un écrit rédigé sous la forme d'un testament olographe et contenant la révocation d'un testament antérieur est valable, même s'il ne contient pas d'autres dispositions que le premier. (Dans le même sens, Cas. 17 mai 17, S. Rép. Disposition n° 4155, Caen, 22 juillet 68, S. 69, II, 68, Bordeaux, 3 mai 79, S. 79, II, 216, Anvers, 10 mars 92. Pas. 93, III, 45, Demolombe XXII, n° 140 ss., Troplong IV, n° 2051, Ritgen au § 2254, n° 3).

§) La révocation *tacite* peut être effectuée :
1) par la rédaction d'un nouveau testament qui est en opposition avec le testament antérieur,
2) par l'aliénation des objets légués, 3) par la destruction du testament même.

Ni le Code civil, ni le codice civile italiano, ne

parlent de la destruction du testament qu'on veut révoquer. Mais on l'admet par interprétation. Les deux premiers cas sont applicables à toutes les formes testamentaires, le troisième, au contraire, régit spécialement le testament olographe, c'est pourquoi nous allons l'examiner de plus près.

Un testateur détruit son testament olographe en le brûlant, par exemple, ou le déchirant en morceaux. S'il l'a fait volontairement, on considère le testament comme révoqué (V. § 2255, BGB, § 721, Cc. autrichien, Soloturn, C G. § 586, Luzern, C G. § 455, Bern, C G. § 596, Waadt, C C. art. 671, Wallis, C C. art. 754, de même nouveau Code civil suisse, art. 510).

Un testament olographe est considéré aussi comme révoqué lorsque le testateur raye volontairement sa signature ou la date du testament, car alors le testament ne satisfait plus aux exigences de la loi. (Le § 721 du Cc. autrichien le dit expressément : « Qui dans son testament ou codicille, coupe sa signature ou la raye... le détruit »).

Mais lorsque le testateur déchire ou détruit son testament par erreur et raye la date ou la signature involontairement, le testament continue à rester valable (V. § 722 Cc. autrichien). On doit décider dans le même sens lorsque le testateur a déchiré son testament dans un moment d'aliénation mentale.

Lorsqu'on trouve un testament olographe déchiré ou rayé, il faut rechercher : 1) si le testament a été déchiré ou rayé par le testateur 2) et en cas d'affirmative, si le testateur a eu par cela l'intention de révoquer son testament. Tout cela incombe au juge du fait, qui devra aussi prendre en considération les circonstances de la destruction (V. Cas. 21, février 1837, S. 37, I, 432 — 23 janvier 88, S. 88, I, 78). S'il est constaté que la destruction a été effectuée par le testateur, on présume alors qu'il a eu l'intention de révoquer ce testament.

Il s'agit maintenant de déterminer *l'attribution du fardeau de la preuve* lorsqu'on se trouve en présence d'un testament olographe déchiré ou rayé. Faut-il ici que l'héritier prouve que la déchirure ou la radiation est le fait du testateur ou le légataire doit-il faire la preuve du contraire? La règle est que si on trouve un testament olographe rayé ou déchiré, on présume, jusqu'à preuve contraire, que c'est le testateur qui l'a déchiré ou rayé. Cette preuve contraire doit être faite par celui qui soutient le contraire de la présomption c'est-à-dire par celui qui se base sur le testament. Le légataire a donc à prouver que le testament existe encore légalement, c'est-à-dire que le testament n'a pas été déchiré par le testateur, ou que si celui-ci l'a déchiré, il n'a pas eu par là l'intention de le révoquer (V. Douai, 26 mai 38, S. 38, II, 262 ; Lau-

rent, XIV, n. 239 ; Zeiler, au § 721, n. 2). Cette preuve contraire peut être fournie par tous les moyens et même par témoins.

S'il est établi que le testament a été détruit pendant que le testateur vivait encore, par exemple par un incendie, le légataire ne peut pas produire des moyens de preuve extérieurs pour faire constater le contenu du testament, car on peut avec raison présumer que le testateur a voulu que le testament soit définitivement détruit, car autrement il l'aurait rédigé de nouveau. Mais s'il est constaté que le testament a été partiellement détruit après la mort du testateur, le testament reste valable. Si, dans un cas pareil, la date ou la signature a été détruite, le testament garde-t-il sa validité ? Nous sommes d'avis que le testament reste valable, car l'intention de la révocation par le testateur est absente et c'est par une force étrangère que cette destruction a eu lieu.

Lorsque dans un testament une ou quelques dispositions seulement sont rayées, alors seules ces dispositions sont révoquées. C'est une question de fait (V. Cas 23 janvier 88, Paris 19 mai 77. S. 78, II. 416. De même Fribourg, Cc. art. 855 : « La cancellation d'un seul ou de plusieurs articles de la disposition n'en opère pas la révocation entière. »

Lorsqu'un testament *a été rédigé en plusieurs*

exemplaires, on ne peut supposer, lorsqu'un ou plusieurs d'entre eux ont été déchirés, que le testateur a entendu par cela révoquer son testament. En effet, il suffit qu'un seul exemplaire reste intact pour que le testament subsiste et vaille comme tel. La présomption qu'on pourrait tirer de la destruction d'un seul exemplaire ne suffit pas pour permettre de conclure à la révocation (V. Cas. 5 mai 24. S. Rép. Disposition, n. 4294, Lyon, 14 décembre 75. S. 76, II, 293, Venice 7 mars 99. S. 1902. IV, 21, de même Wallis Cc. art. 754 : « Si le testament a été fait en deux doubles, la cancellation de l'un des doubles ne suffit pas pour révoquer le testament », de même dans le Cc. autrichien § 721 : « Lorsque de plusieurs écrits semblables, un seulement a été détruit, on ne peut en conclure à une révocation »). Ni la preuve tirée de moyens extérieurs, ni la preuve par témoins ne sont admises, lorsque les héritiers veulent prouver que par la destruction d'un ou plusieurs exemplaires le testateur a voulu donner lieu à la succession *ab intestat* (V. Troplong, IV, n. 212, Demolombe, XXII, n. 249, Laurent, XIV, n. 243).

S'il est constaté que le testateur a voulu détruire tous les exemplaires de son testament et qu'il n'a pas pu détruire l'exemplaire resté intact après sa mort, parce qu'il ne l'avait pas chez lui,

ou parce qu'il est mort avant de le pouvoir faire, ou par la ruse d'un tiers qui avait cet exemplaire en sa possession, si donc l'intention du testateur de révoquer son testament est établie, l'exemplaire restant n'est pas valable (V. Caen, 4 juin 44. L. 44, II, §16. Venice, 7 mars 99. S., 1902, IV, 21, Troplong, IV, n. 2113, Laurent, XIV, n. 244, Herzfelder, p. 559, III B., Ritgen au § 2255, 3. B, Dernburg, V, § 40, n. 11). Dans un cas pareil tous les moyens de preuve et même la preuve par témoins sont admissibles.

Lorsqu'un testament olographe a été déchiré ou détruit par un tiers sans que le testateur en sache rien, le testament reste naturellement valable et n'est pas révoqué (V. Waadt Cc. art. 671 : « Le testament olographe est révoqué par sa cancellation, sauf le cas de fraude où il serait démontré que ce n'est pas le testateur qui l'a cancellé ». De même Wallis Cc. art. 754). Dans ce cas le légataire peut se servir de tous les moyens de preuve, y compris la preuve par témoins pour établir le contenu du testament détruit. Quand le contenu du testament sera par ces moyens solidement établi, le légataire sera envoyé en possession du legs (1) (V. Herzfelder, p. 559, III. B .

(1) Le nouveau Code civil suisse, dispose art. 510, 2 : « Lorsque l'acte est supprimé par cas fortuit ou par la faute d'un tiers et qu'il n'est pas possible d'en rétablir exactement ni intégralement

Lorsqu'un testament olographe est trouvé, non chez le testateur, mais dans la possession d'un tiers, si ce testament est rayé ou déchiré d'une manière quelconque, alors on peut apprendre de qui provient cette cancellation d'après les relations du testateur avec le tiers, les conditions et les circonstances dans lesquelles le dépôt a été effectué et autres indices de même genre. Mais le seul fait que le testament a été trouvé entre les mains du tiers, ne donne pas lieu de présumer que la cancellation est le fait de ce dernier. Le légataire qui se base sur le testament, doit s'il allègue un tel fait, en apporter la preuve. — Lorsqu'un tiers a détruit ou déchiré le testament sur l'ordre du testateur, le testament est considéré comme révoqué, (V. Venice, 7 mars 99. S. 1902, IV, 24 ; Lyon, 14 décembre 75, S. 76, II, 293 ; Paris, 19 mai 77. S. 78, II, 116 ; RG. XXIX, p. 330, Strohal, I, p. 313, 2, Dernburg, § 40, n. II, Ritgen au § 2255, 3, B). Mais si le tiers a détruit le testament sans l'agrément du testateur, le testament reste valable, même si le testateur consent par la suite à la destruction, car dans l'action volontaire du tiers, accomplie sans l'assentiment du testateur, on ne peut pas voir l'intention de ce dernier de révoquer son testament (V. RG. XXIX, p. 330).

Le contenu, le testament cesse d'être valable ; tous dommages-intérêts demeurent réservés. »

Le testament sera considéré comme révoqué si le testateur déclare par un nouveau testament qu'il approuve l'action du tiers, c'est-à-dire la destruction du testament (V. Ritgen au § 2255, 3; Strohal, I, p. 313, 2).

Lorsqu'un testament olographe a été rayé ou déchiré par le testateur, par erreur ou dans un moment d'aliénation mentale, si ce testament est ultérieurement reconstitué ou si l'on fait disparaître la radiation, le testament reste valable, s'il est constaté que le testateur n'a pas eu l'intention de rayer ou de déchirer le testament (V. Dernburg, V, § 40, V. Demolombe, XXII, n. 248).

Si le testateur a prié un tiers de détruire son testament et que celui-ci ne l'ait pas fait, le testament sera considéré comme révoqué s'il est établi que le testateur pouvait croire que sa demande a reçu satisfaction (V. Venice, 7 mars 99. S. 1902, IV, 21). Le fait que le tiers a conservé le testament, à l'encontre du désir du testateur, peut être prouvé par tous les moyens, et par conséquent même par témoins.

Si le testateur avait déposé son testament cf. au § 2248 BGB. et l'avait ensuite retiré, cette opération serait sans influence sur la validité du testament. (V. § 2256, 3, BGB).

III. — *Efficacité du testament authentique comme testament olographe.* — On n'est pas d'ac-

cord sur le cas suivant : un testateur après avoir rédigé un testament olographe rempli en outre et pour être plus sûr de sa validité les formalités nécessaires au testament authentique (§ 2238 BGB) ; si ce testament mis en dépôt est retiré, il n'a plus la fonction d'un testament authentique, peut-il valoir comme testament *olographe* ? La loi ne se prononce pas. Cosack (II au § 358) et Ritgen (au § 2256. Erl. 3) sont d'avis que par le fait que le testateur a retiré son testament, tout ce testament est révoqué, « car le testament après le dépôt effectué d'après le § 2238 BGB a perdu sa qualité de testament olographe et a été transformé en un testament authentique mais ne renferme pas en soi les deux fonctions ensemble ».

Cette thèse est inexacte. Un testament peut avoir en soi, en même temps, le caractère d'un testament authentique et celui d'un testament olographe. La loi n'a disposé rien de contraire à cette affirmation. Lorsque le testateur retire son testament authentique, celui-ci perd son caractère de testament authentique. Mais si ce testament est écrit, daté et signé personnellement par le testateur, s'il contient donc toutes les formalités exigées pour la validité d'un testament olographe, pourquoi ne pourrait-il valoir comme tel ? D'ailleurs, même d'après la thèse adverse, le testateur pourrait le rendre valable, en le copiant *in extenso* : faut-il le con-

traindre à de pareils procédés? Non. Nous dirons par conséquent que lorsque le testateur retire son testament olographe qu'il avait revêtu, pour lui donner plus de force, des solennités du testament authentique, s'il ne le détruit pas, on doit considérer qu'il a voulu que ce testament vaille comme olographe. Dans le même sens, Strohal, I, p. 217, et Dernburg, V, § 30, V. Mais ces auteurs ne considèrent pas que le testateur a pu, en effectuant le retrait de son testament, avoir l'intention de le révoquer, d'après le § 2236, 1, BGB, ils regardent toujours le testament, comme un testament olographevalable. Ils vont trop loin, car l'hypothèse dont nous parlons est possible. Lorsqu'on trouve par conséquent un testament pareil dans la succession du testateur, on présu-mera, il est vrai, son intention de le faire valoir, mais la preuve contraire, que le testateur a eu l'intention de révoquer entièrement son testament mais qu'il en a été empêché par diverses causes, sera cependant admise. Ce fait devra être prouvé par ceux qui l'allèguent, c'est-à-dire par les héritiers. La situation du légataire est donc rendue plus avantageuse, en ce sens qu'il n'a pas à prouver pour se prévaloir du testament que le testateur n'a pas eu l'intention contraire. Il bénéficie ainsi d'une présomption qui lui est favorable, en vertu de laquelle il joue le rôle de défen-

deur, ce qui lui procure une situation privilégiée.

Le *droit italien* prévoit formellement et spécialement un cas analogue. Le Codice civile dispose que lorsqu'un testament mystique ne peut, pour une cause quelconque, valoir comme tel, il vaudra comme testament olographe s'il contient les formalités nécessaires à cette forme testamentaire (V. Codice civile, art. 804, 2). Les doctrines belge et française (V. Laurent, XIII, n. 428 ; Demolombe, XXI, n. 408 ss ; Huc, VI, n. 393), et la jurisprudence française (V. Cas. 6 juin 15 et 23 décembre 28, D. Rep. Disposition) se prononcent dans le même sens que le droit italien.

Observations. — La révocation du testament olographe par la destruction de l'écrit faite par un tiers sur l'ordre du testateur a été approfondie par Albert Wahl dans une étude « Effets de l'ordre par un testateur de détruire un testament olographe » parue dans la Revue trimestrielle de droit civil 1903, Vol. II, d'un point de vue spécial et très remarquable. Il part de la question de savoir si, lorsqu'un testament a été détruit par le testateur ou par son ordre, ce testament n'a plus d'efficacité parce qu'il n'existe plus *matériellement* ou *intellectuellement* ? Pourquoi donc le testament n'est-il plus valable ? Est-ce parce qu'il a été détruit, *parce qu'il n'existe plus*, ou parce que le testateur a eu l'intention de ne pas le faire valoir,

c'est-à-dire parce qu'il l'a révoqué intellectuellement? Cette question est d'une très grande importance en ce qui concerne la révocation du testament par la destruction de l'écrit. Elle embrasse tous les cas de révocation par destruction de l'écrit, que nous avons examinés plus haut. Par exemple, elle concerne le cas où le testateur avait chargé un tiers de détruire le testament et où celui-ci a omis de le faire. Si l'on se base sur ce fait que le testament existe encore *matériellement* après la mort du testateur, alors le testament doit rester efficace, et valoir comme tel. Mais si l'on considère que le testateur *avait manifesté l'intention de révoquer le testament*, ce testament n'est pas valable, bien qu'il existe encore matériellement. Il en est de même dans le cas où le testament a été détruit par un tiers à l'insu du testateur. Si l'on considère que le testateur n'a pas manifesté son intention de révoquer le testament, celui-ci reste valable en dépit de sa destruction matérielle. Mais si l'on se base sur le fait de l'anéantissement matériel du testament, alors il n'y a pas à vrai dire de testament existant et par conséquent le testament détruit n'a aucune efficacité. Nous voyons donc que cette question est très importante.

D'après les solutions que nous avons données dans tous les cas examinés plus haut, on peut voir facilement le principe sur lequel nous basons notre

raisonnement. Nous avons considéré partout uniquement la révocation *intellectuelle* ; nous n'avons pris en considération que l'*intention de révocation*, sans attacher une importance quelconque à l'existence *matérielle* de l'écrit. Nous avons appliqué ce système au cas où le testateur ayant rédigé son testament en plusieurs exemplaires, les détruit tous à l'exception d'un seul. Ici nous avons considéré le testament restant comme valable. M. Wahl (p. 271) affirme que ce cas ne peut être tranché d'après le système que nous adoptons. Mais nous estimons qu'il commet une erreur, car lorsque le testateur, ayant rédigé par exemple 3 exemplaires, en détruit deux, nous ne pouvons pas voir en cela l'intention du testateur de révoquer son testament. Peut-être voulait-il éviter qu'un exemplaire tombât dans les mains d'un tiers ou peut-être a-t-il agi pour d'autres raisons, qui pour lui avaient une importance considérable. Puisque le testateur a conservé un exemplaire, on ne peut pas supposer chez lui l'intention de révoquer le testament. Il savait parfaitement qu'un seul exemplaire peut valoir comme testament. S'il a conservé cet exemplaire, c'est précisément parce qu'il a voulu le faire valoir et lui conserver toute sa validité. M. Wahl part d'un point de vue tout opposé. Il ne considère qu'un point : existe-t-il *matériellement* ou non ? Si donc, par exemple, le testateur avait chargé un tiers de

détruire son testament, peut-être parce qu'il ne le pouvait pas faire personnellement à cause d'une maladie, si ce tiers ne s'est pas exécuté, alors ce testament reste valable et précisément parce qu'il existe un testament après la mort du testateur. Nous ne pouvons aucunement admettre les solutions de M. Wahl. On ne peut nier que son système ait, d'un point de vue, une supériorité sur celui adopté par nous. En suivant ses solutions on évite de nombreux conflits et procès. Car si on part de notre point de vue et qu'on recherche si une intention, de révocation existe ou non, il sera très difficile d'établir avec une certitude rigoureuse cette intention, car le testateur n'existe plus et alors il y aura très souvent des conflits sur la question de savoir si un testament doit être considéré comme révoqué ou non. Les héritiers emploieront le plus souvent, par pur esprit de chicane, tous les moyens possibles, pour attaquer un testament en règle, sous le prétexte que le testateur avait voulu révoquer ce testament, et que l'écrit existe seulement à la suite d'un fait dolosif d'un tiers. Toutes ces difficultés s'évanouissent si l'on admet la thèse émise par M. Wahl. Existe-t-il un testament, il est valable, sinon le testateur est considéré comme n'ayant pas testé. On ne considère que l'existence matérielle du testament, c'est pourquoi les conflits ne peu-

vent pas naître. Mais malgré l'avantage de cette thèse, nous ne pouvons pas l'adopter et c'est par raison d'équité. En effet, il peut arriver souvent qu'un testateur étant malade et n'ayant pas la force de détruire son testament, charge une personne de son entourage de le détruire. Si maintenant cette personne a un intérêt à l'existence du testament, alors il peut assurer le testateur qu'il l'a détruit et le conserver frauduleusement. Après la mort du testateur le testament reste valable et efficace, d'après le système de M. Wahl, ce qui est injuste. Au contraire, si l'on recherche s'il n'existe pas une intention de révocation, le testament n'est pas valable. De même, il peut arriver qu'un tiers détruise le testament à l'insu du testateur. Considérerait-on par cette cause le testament comme inexistant? Il n'est pas toujours possible de conserver son testament de telle manière qu'un tiers ne puisse s'en emparer. Comment d'ailleurs le testateur pourrait-il avoir l'assurance que lorsqu'il rédige un testament olographe celui-ci ne sera pas détruit par son entourage? Il rédige son testament et croit que celui-ci vaudra. Si l'on adoptait la thèse de M. Wahl, aucun testateur ne sera sûr que son testament, d'ailleurs régulier, parviendra à l'efficacité, un tiers pouvant toujours le détruire, et le réduire à néant. Nous devons donc nous en tenir à la thèse que nous avons adoptée

et dire que, pour la révocation du testament par destruction de l'écrit soit par le testateur, soit par un tiers, seule la manifestation *intellectuelle*, autrement dit l'intention du testateur, doit être prise en considération.

CHAPITRE VI

DE LA CONSERVATION DU TESTAMENT OLOGRAPHE

Un grand danger inhérent à l'institution du testament olographe et dont ses adversaires font grand cas réside dans ce fait qu'il peut arriver très facilement dans les mains d'un tiers, qui a alors le moyen de le falsifier, de le modifier, ou même de le détruire. C'est ce danger qu'avaient en vue les rédacteurs du codice civile quand ils voulaient faire dépendre la validité du testament de son dépôt par le testateur chez un notaire ou entre les mains d'un juge (V. Pacifici-Mazzoni, VII, p. 28). La même question se posa lors de la rédaction du BGB. Mais on fut vite convaincu que cette exigence répugne trop à la nature du testament olographe, aussi se contenta-t-on d'admettre un dépôt facultatif. En France, le dépôt peut être fait chez un notaire qui dresse alors un acte de dépôt si le testateur l'exige, mais seu-

lement dans ce cas (V. loi du 22 frimaire an VII, art. 43.). Le BGB. contient une disposition spéciale dans son § 2248 donnant la possibilité au testateur qui veut assurer la conservation de son testament, de le déposer chez un notaire ou chez le juge. Le testateur reçoit alors un acte de dépôt « Hinterlegungsschein » (§ 2246, 2 BGB.) qui constate ce dépôt et qui peut servir aussi à faire connaître aux héritiers, après la mort du testateur, l'existence du testament. Le dépôt du testament au tribunal ou chez un notaire ne doit pas être fait nécessairement par le testateur lui-même (La conservation administrative du § 2248, BGB. « Die amtliche Verwahrung » est réglée respectivement par les lois des divers pays. En Prusse d'après l'art. 81, § 2, n° 4, de la loi prussienne interprétative du BGB. (« Das preussische Ausführungs Gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch ») tout tribunal est compétent à cet effet. L'envoi par la poste est également admis (V. OLG. I, p. 295). Il en est de même du dépôt par un tiers. Mais en ce cas une substitution pouvant avoir lieu, l'officier public qui reçoit le dépôt peut, s'il le veut, exiger une déclaration authentique du testateur ou même sa comparution personnelle pour s'assurer de l'origine du testament (V. Ritgen au § 2248 a, Dernburg, V, § 30, IV, Herzfelder au § 2248, Strohal, I, § 21, III).

Le testateur peut retirer le testament déposé mais

la restitution ne peut en être effectuée qu'au testateur en personne (§ 2256, 2. BGB.). Le testateur peut également déposer son testament chez son avocat ou dans une banque ou chez toute autre personne dans laquelle il a confiance (Dans le canton Tessin, Cc. art. 438, ce cas est spécialement cité : « les testaments pourront être conservé chez le testateur ou être confiés à toute autre personne »). Les personnes auxquelles le testament est confié doivent, d'après le § 2259, BGB, immédiatement après avoir appris le décès du testateur, délivrer le testament au tribunal qui est compétent pour le règlement de la succession.

Si dans les droits français, allemand, italien, autrichien, etc., le dépôt du testament olographe chez un officier public est facultatif, il existe pourtant des législations où le dépôt est obligatoire, et où du dépôt dépend la validité du testament. Ainsi, par exemple, dans les cantons, Aargau (§ 927), Zürich (PG. §§ 996, 997), Schaffhausen (PG. §§ 1925, 1926) : « Le testament doit être déposé chez le président de l'assistance publique (Waisenbehörde) et après délivré aux archives de l'Etat pour la conservation », Bâle-Ville (Erbgesetz, § 59) : « le testament doit être déposé chez un notaire ou au greffe du tribunal », de même Fribourg (Cc. art. 794, 798. L'art. 794 : « ... il doit de plus être reconnu et déposé ainsi qu'il est dit ci-après. art.

795 : « Le testament olographe qui n'est pas... reconnu et déposé par lui (par le testateur) est nul ». Par contre, le nouveau Code civil suisse (du 10 décembre 1907) dispose art. 505, 2 : Les cantons pourvoient à ce que l'acte, ouvert ou clos, puisse être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt.

CHAPITRE VII

DE LA CAPACITÉ DE RÉDIGER UN TESAMENT OLOGRAPHE.

1. — *Généralités.* — En ce qui concerne la capacité de rédiger un testament olographe, nous devons noter que : D'après le § 2247 BGB. un mineur ou celui qui ne peut pas lire ne sont pas capables de rédiger un testament olographe. En dehors de cela, les conditions générales concernant la capacité de tester par toutes les formes testamentaires (§ 2229 ss. BGB.) doivent également être observées pour le testament olographe. Dans le droit français, il est établi qu'un incapable de tester ne peut rédiger un testament olographe.

Comme la rédaction du testament olographe peut avoir lieu pendant un long espace de temps, il faut se demander si quelque partie du testament peut être écrite par le testateur pendant son incapacité. Ce point est d'autant plus important que, d'après la théorie belge (que

nous avons également adoptée) concernant la rédaction du testament olographe, alors même que toutes les solennités exigées ont été remplies, le texte du testament, c'est-à-dire le contenu de la déclaration de la volonté, est considéré comme achevé seulement quand le testateur ne peut plus le modifier ni rien y ajouter, c'est ce qui a lieu lorsque le testateur meurt ou est atteint d'aliénation mentale incurable. Il s'agit donc de la question de savoir si un testateur devenu incapable peut, pendant son incapacité, ajouter de nouvelles dispositions ou des modifications dans son testament rédigé en temps de capacité. Il en est de même de la question de savoir si un testateur incapable de tester peut écrire une partie de son testament et le compléter lorsqu'il devient capable. La solution de ces problèmes est en étroite relation avec la conception qu'on se forme de la rédaction et de la date du testament olographe.

La *théorie française* adopte l'opinion d'après laquelle la date et la signature seules doivent rigoureusement être écrites pendant la capacité du testateur, tandis que le texte du testament peut être écrit même pendant l'incapacité. Si l'on admet le point de vue d'où part la théorie française dans son argumentation, cette solution est justifiée. Car cette théorie qui ne donne aucune importance

au texte, considère toutefois la date et la signature comme les éléments principaux du testament, car ce sont elles qui achèvent la rédaction du testament. Il en résulte donc que c'est seulement au jour de la signature (jour que la date doit faire connaître), c'est-à-dire au jour de la rédaction du testament, que le testateur doit avoir la capacité de tester. Soutient-on que le texte a été écrit pendant l'incapacité du testateur, la théorie française répond que le texte seul n'est qu'une copie, un projet, qui ne devient un testament véritable qu'au jour de la signature. Maintenant si la volonté du testateur est que ce texte écrit pendant son incapacité soit valable à l'époque où il est capable, on ne peut l'en empêcher, car en réalité il pourrait, s'il le voulait, transcrire de nouveau son texte à cette époque, et le rendre ainsi valable. Par conséquent, s'il achève aujourd'hui le testament dont il avait écrit le texte pendant son incapacité, alors on le considère comme manifestant la volonté que les dispositions contenues dans son testament aient toute leur efficacité au jour de la signature. Et il manifeste cette volonté en datant et signant le texte écrit à une époque antérieure.

Hölder, du point de vue qu'il indique dans son étude du vol. XLI du *Iherings Jahrbücher*, soutient que le testateur doit être capable pen-

dant tout le temps de la rédaction du testament. La solution de Hölder est parfaitement explicable, étant donné la manière dont il envisage la rédaction du testament dans son étude. Là, le testament n'est pas un écrit entier et homogène, ses éléments sont indépendants l'un de l'autre. Si nous supposons maintenant que le testateur signe l'écrit étant incapable, l'écrit est par là même atteint de nullité, car le testateur ne peut plus alors déclarer que le testament représente sa volonté. Sa volonté n'a aucune force à ce moment ; et c'est précisément par là que son incapacité se manifeste ! S'il veut dater à cette époque, il en est empêché pour les mêmes raisons. Il ne peut plus, à ce moment, manifester valablement sa volonté. Il en est de même pour ce qui est du texte. Si le testateur écrit pendant son incapacité une disposition quelconque, et la date et signe étant devenu capable, nous n'avons pas de testament. Car cette disposition est une partie de la déclaration de la volonté et la loi ne veut pas que le testateur puisse manifester d'une manière quelconque sa volonté pendant qu'il est incapable. Le fait, d'une part, que le testateur peut achever seul son testament, et d'autre part l'argument que la volonté du testateur ne peut pas être raisonnable pendant son incapacité, devaient amener Hölder à considérer une disposition écrite pendant ce temps comme nulle.

Adopte-t-on la conception de la *théorie belge* dans la question de la rédaction et de la date du testament olographe, alors on doit exiger absolument la capacité du testateur pendant *tout le temps de la rédaction du testament*. Et cela pour les motifs que nous avons expliqués plus haut à propos de l'opinion de Hölder. Le texte du testament n'étant pas toujours définitivement achevé, le testateur pourrait, devenant incapable, y ajouter de nouvelles dispositions.

II. — *De la capacité physique de tester*. — Au sujet de la capacité *physique* de tester, il y a à faire la remarque suivante :

Un sourd ou sourd-muet peut tester dans la forme olographe, pourvu qu'il puisse écrire et comprendre ce qu'il écrit (V. Bruxelles, 19 décembre 22. D. « Testament », n. 133, Bordeaux, 16 août 36, D. Supl. « Testament », n. 134, Rouen, 26 mai 31, S. 31, II, 715, Pau, 23 décembre 31, S. 1852, II, 467, Laurent, XIII, n. 168, Demolombe, XXI, n. 71 bis, Coin-Delisle, art. 979, Pfaff-Hofman, p. 173, I, Pacifici-Mazzoni, VII, p. 32). Que le sourd-muet soit tel de naissance ou qu'il le soit devenu par suite d'un accident, il n'y a pas de distinction à établir de ce chef. Le droit romain (l. 10, C. qui testam. fac. pos. vel non) reconnaissait la capacité de tester à l'individu devenu muet, mais non pas à celui qui était né muet

parce que à ce temps-là on ne pouvait pas enseigner l'art d'écrire à un individu né muet. Un aveugle peut également tester dans la forme olographe, s'il peut écrire d'une manière quelconque (V. Cas. 23 mai 87, S. 87, I, 224. Toulouse, 13 avril 86, S. 87, II, 76, Troplong, n. 1470, Pfaff-Hofman, p. 161).

Lorsqu'un individu est atteint de plusieurs infirmités, qu'il est par exemple aveugle et sourd ou aveugle et muet, il peut employer la forme olographe pour tester, pourvu qu'il puisse écrire et se rendre compte de ce qu'il écrit.

CHAPITRE VIII

LE TESTAMENT OLOGRAPHE « DE LEGE FERENDA »

Nous avons traité dans différents endroits de notre étude du testament olographe le point de vue *de lege ferenda*, de sorte qu'il nous reste peu de choses à dire sur cette question. L'institution du testament olographe a eu et a encore maintenant de nombreux adversaires. Nous n'avons pour nous en convaincre qu'à considérer la difficulté éprouvée pour l'introduction du testament olographe dans le BGB. et les attaques dont il a été l'objet de la part de certains auteurs influents, tels que, par exemple, Holder. Nous ne pouvons pas nier que beaucoup de falsifications sont à craindre dans le testament olographe, mais nous devons remarquer que ce défaut est de si minime importance, comparé avec les réels et considérables avantages, de cette institution que nous ne le prendrons pas en considération. Car nous avons vu quels énormes avantages marque le testament olographe. Le fait

qu'on en peut cacher le *contenu* à toute personne, ce qui est impossible avec le testament authentique, et le fait qu'on peut tenir secret le fait même *de la rédaction*, sont des qualités inappréciables. Si quelqu'un veut tester *librement* sans être soumis à des influences étrangères, il peut le faire plus facilement par le testament olographe. En rédigeant un testament olographe, le testateur peut toujours le modifier et le faire concorder avec sa dernière et plus récente volonté. Avec le testament authentique, au contraire, le testateur est le plus souvent gêné à cause des nombreuses formalités à remplir pour modifier son testament et le testament reste alors dans la forme primitive sans qu'il corresponde à la dernière volonté du testateur. Mais ce qui constitue le grand avantage du testament olographe, c'est qu'il est une *institution populaire*, accessible à tous. Au point de vue social l'institution du testament olographe est donc de grande valeur. Car les membres des classes peu aisées ne peuvent pas supporter les dépenses occasionnées par la rédaction d'un testament authentique. Au contraire, la rédaction d'un testament olographe ne coûte rien, et peut avoir lieu dans le secret sans qu'un tiers s'en aperçoive et elle est aussi sûre que celle du testament authentique. La révocation du testament olographe est également plus facile. Il est d'ailleurs superflu de ré-

pondre à toutes les allégations des adversaires du testament olographe. La meilleure preuve pour les avantages du testament olographe, nous la voyons dans l'usage général qu'on en fait. Le testament olographe est introduit dans presque tous les pays de l'Europe et dans beaucoup des Etats de l'Amérique ; nous pouvons donc dire qu'il a reçu l'approbation générale.

Nous n'avons pas à discuter sur l'avantage du testament en général, ni sur le point de savoir si la liberté de tester est utile au point de vue social. Avec le progrès de la civilisation, la liberté de tester est devenue de plus en plus étendue et la tendance de la doctrine est aujourd'hui d'enrayer l'institution de la réserve et de permettre au testateur de disposer par testament de toute sa fortune. On contribue à défendre cette idée en préconisant le maintien du testament olographe et l'interprétation libérale des textes, c'est-à-dire la validité de tout testament olographe dont la sincérité est prouvée, alors même qu'il ne satisferait pas rigoureusement aux formalités exigées par la loi. C'est ainsi qu'on assurera la perennité du testament olographe. Conçu dans cet esprit, il est, nous n'en doutons pas, le testament de l'avenir.

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre I. — L'histoire du testament olographe	1
Chapitre II. — De la forme du testament olographe . . .	51
§ 1. — L'écriture	51
§ 2. — La signature	69
§ 3. — La date	78
Chapitre III. — Les dispositions additionnelles du testa- teur	180
Chapitre IV. — De la force probante du testament olo- graphe et du fardeau de la preuve	192
Chapitre V. — De la révocation du testament olographe .	213
Chapitre VI. — De la conservation du testament olographe.	231
Chapitre VII. — De la capacité de rédiger un testament olographe	235
Chapitre VIII. — Le testament olographe de lege ferenda.	241

